

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

TRANSCONSTITUCIONALISMO E SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

MARIA LUÍSA LOPES CARVALHEIRO

RIO DE JANEIRO
2020 / 1º SEMESTRE

MARIA LUÍSA LOPES CARVALHEIRO

TRANSCONSTITUCIONALISMO E SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale Ferreira

RIO DE JANEIRO
2020 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

CC331t Carvalheiro, Maria Luisa Lopes
Transconstitucionalismo e Sistema Interamericano
de Direitos Humanos: um estudo sobre a prisão em
segunda instância / Maria Luisa Lopes Carvalheiro. --
Rio de Janeiro, 2020.
82 f.

Orientador: Siddharta Legale Ferreira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Transconstitucionalismo. 2. Sistema
Interamericano de Direitos Humanos. 3. Constituição.
4. Prisão antes do trânsito em julgado. I. Ferreira,
Siddharta Legale, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

MARIA LUÍSA LOPES CARVALHEIRO

TRANSCONSTITUCIONALISMO E SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS: UM ESTUDO SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale Ferreira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador _____

Membro da Banca _____

Membro da Banca _____

Membro da Banca _____

RIO DE JANEIRO
2020 / 1º SEMESTRE

Para minha família, que faz aflorar o que há de
melhor em mim

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus e à minha família. Aos meus pais, Antonio Carlos e Suian, obrigada por toda dedicação, apoio e amor incondicionais a mim destinados durante todos esses anos, a cada dia aprendo mais com o exemplo de vocês. Ser sua filha é mais do que maravilhoso.

Às minhas irmãs, Helena e Roberta, por serem minhas primeiras e melhores amigas, assim como por me estimularem a ter coragem para ir além e tentar o novo, seja nos estudos, na literatura, no piano ou nos demais desafios que a vida oferece.

Aos meus avós, em especial, Nelma e Cícero, que sempre me estimularam a estudar e se alegraram com cada vitória, por todo carinho, amor e mimos que só os avós sabem dar.

Agradeço, também, aos meus amigos do Colégio Metropolitano e do Colégio Militar, que me acompanharam nas várias fases do meu desenvolvimento e, mesmo com a distância e menos convívio, os laços de amizade se renovaram com o tempo.

Aos meus amigos da Faculdade Nacional de Direito, foi um prazer compartilhar os momentos de estudos e tensão com as provas e trabalhos em grupo, bem como os órfãos, choppadas e jogos jurídicos. A faculdade não seria a mesma sem vocês.

Às amigadas formadas nos estágios no Tribunal Regional Federal, no Ministério Público Federal e na Procuradoria Geral do Estado, por tornarem a minha primeira experiência profissional mais leve com as nossas conversas, brincadeiras e saídas, relações que ultrapassaram o ambiente de trabalho e que pretendo levar para a vida.

À Faculdade Nacional de Direito e ao Colégio Militar do Rio de Janeiro, instituições de ensino nas quais sonhei estudar e que atenderam às expectativas que eu tinha acerca do curso de direito, do ensino médio e fundamental, muito obrigada por proporcionarem tantas oportunidades e aprendizados para além da sala de aula.

Aos professores, técnicos, terceirizados e demais trabalhadores das instituições de ensino em que estudei, sem os quais nada seria possível, vocês são os que fazem a educação pública e de qualidade acontecer.

Finalmente, os meus agradecimentos vão para o meu orientador, professor Siddharta Legale, por ter aceitado me orientar desde o início com os ensinamentos e conselhos. Obrigada pelo auxílio e pela dedicação ao acompanhar a realização desta monografia, sua orientação foi essencial.

*A Humanidade esquece as suas alegrias e
amarguras,
Costuma-se dizer isto.
A Humanidade esquece, sim, a Humanidade
esquece,
Mas mesmo acordada a Humanidade esquece.
Exactamente. Mas não durmo.*

Fernando Pessoa

RESUMO

A forma de decidir das autoridades judiciárias tem um impacto direto nas relações em sociedade e, sobretudo numa sociedade mundial cada vez mais conectada, as influências das decisões podem ultrapassar fronteiras. Por isso, este trabalho se propõe a estudar o uso de fundamentação oriunda do direito externo para a formação de decisões judiciais brasileiras, bem como a interpretação e aplicação de normas oriundas de tratados que versam sobre direitos humanos. O recorte escolhido é o dos julgados do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à possibilidade ou não de prisão após condenação em segunda instância, sem o trânsito em julgado. Assim, verificar-se-á de que modo a Corte Suprema lida com normas de outros Estados ou do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Convenção Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Constituição; Cooperação.

ABSTRACT

The making-decision process of the jurisdictional authorities has a direct effect on the society relations and, above all in a world of increasingly connected society, the influences of the decisions may cross borders. Hence, the purpose of this study is to investigate the grounding from foreign law into the brazilian jurisdiction making-decision process, as well as the interpretation and enforcement of human rights treaties. The chosen subject-matter is about studying the decisions of brazilian's Supreme Court about imprisonment without the sentence has transited in *rem judicatum*. Therefore, in this work will be verified how the Supreme Court deals with foreing law ou Intermerican Human Rights System's rules.

Keywords: Transconstitucionalism; Inter-american Human Rights System; American Convention of Human Rights; Inter-american Court of Human Rights; Constitution; Cooperation.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
EC	Emenda Constitucional
HC	Habeas Corpus
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

UE

União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1. TRANSCONSTITUCIONALISMO E DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS CONSTITUCIONAIS PARA SOLUCIONAR QUESTÕES QUE ENVOLVAM DIREITOS HUMANOS.....	14
1.1 Constituição e Estado constitucional.....	15
1.2. Os diversos sistemas constitucionais e a cooperação entre si.....	18
1.3. O papel das decisões judiciais na resolução de conflitos que envolvam matéria de direitos humanos.....	23
CAPÍTULO 2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	28
2.1. Considerações acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	28
2.2. Conflitos de normas e interpretação dos tratados	34
2.3. A Constituição de 1988 e tratados	39
2.4. Controle de convencionalidade	45
2.5. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009).....	50
CAPÍTULO 3. ESTUDO DE CASOS ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.....	57
3.1. HC nº 84.078 (2009).....	57
3.2. HC nº 126.292 (2016).....	63
3.3. ADCs nº 43, 44 e 54 (2019).....	67
3.4. Análise dos julgados: qual o papel das decisões e normas no âmbito do SIDH na fundamentação dos votos?.....	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79
Livros e artigos.....	79
Precedentes.....	80
Legislação.....	80

INTRODUÇÃO

A elaboração do conceito de transconstitucionalismo¹ surgiu para explicar o modelo de intercâmbio de experiências entre os juízes de diferentes sistemas constitucionais, tendo em vista o incremento da aplicação do direito comparado nas decisões judiciais hodiernas. E, num contexto de influências no campo do direito e da política, estabelecer critérios e parâmetros para reconhecer a legitimidade e racionalidade das decisões proferidas usando como base normas jurídicas externas faz-se essencial para melhor entendimento do que está a ocorrer.

Nesse sentido, debater o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos enquanto ator regional na tutela das garantias relacionadas à dignidade humana envolve a compreensão de como suas normas e decisões impactam o sistema jurídico dos Estados dele signatários. Os mecanismos de integração entre direito internacional público e o direito interno auxiliam no processo de diálogo entre os sistemas, de modo a proporcionar ao julgador meios de chegar à conclusão mais adequada ao sistema normativo como um todo.

Especificamente no cenário brasileiro, busca-se estudar quais os mecanismos que proporcionam essa conexão entre o direito internacional dos direitos humanos no plano regional e o direito interno. E, para além disso, verificar se a atuação do STF, Corte Suprema brasileira, reflete a dinâmica do transconstitucionalismo.

Diante do significativo aumento da aplicação de decisões de cortes transnacionais e do direito comparado nas decisões do STF², importa verificar qual a natureza do seu uso. Este poderá tender à rejeição do direito externo ou à sua aplicação cega, sem uma análise aprofundada e adequada ao contexto nacional, como também poderá ser precedido por uma racionalidade baseada em fundamentos sólidos e mediante compatibilização com a realidade local³.

A fim de atender a essa proposta, o objeto da análise de casos será o microssistema de precedentes atuais a respeito da possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância tendo em vista o princípio da presunção de inocência positivado no artigo 5º,

1NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

2ARAÚJO; Luis Claudio Martins de; DESCHAMPS, Luíza; LEGALE, Siddharta. O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves. Rio de Janeiro, 2020, p. 8.

3 *Idem*, *Ibidem*, p. 7.

LVII, da CRFB/88. São eles o HC nº 84.078 (2009), o HC nº 126.292 (2016) e as ADCs nº 43, 44 e 54 (2019), todos julgados pelo STF.

CAPÍTULO 1. TRANSCONSTITUCIONALISMO E DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS CONSTITUCIONAIS PARA SOLUCIONAR QUESTÕES QUE ENVOLVAM DIREITOS HUMANOS.

A proposta do primeiro capítulo é apresentar o marco teórico escolhido, qual seja, a teoria do transconstitucionalismo, sobretudo com base nos ensinamentos de Marcelo Neves⁴, e relacioná-lo ao panorama atual no que diz respeito aos sistemas de proteção aos direitos humanos tanto no plano transnacional quanto no plano interno brasileiro. Busca-se, ainda, verificar qual é a posição dos órgãos dotados de função jurisdicional nessa sistemática.

Para cumprir essa proposta, ao longo deste capítulo será respondida a seguinte pergunta: o Poder Judiciário está aberto aos diálogos entre sistemas?

Nesse sentido, para os fins deste trabalho, compreende-se o transconstitucionalismo como um modelo no qual diferentes ordens jurídicas dialogam e cooperam entre si, de modo a alcançar a solução de um problema de interesse de ambas as partes⁵. Saliente-se que tal problema a ser solucionado deverá ter como conteúdo questões concernentes aos direitos fundamentais e aos direitos humanos reconhecidos pelos envolvidos, assim como discussões envolvendo limitação do poder do sistema.

Ainda sobre essa teoria, é importante reforçar a abertura à conversação entre diferentes ordens jurídicas, marcada pela autonomia destas, com a finalidade de gerar maior aprendizado e racionalidade na tomada de decisões, sendo certo que muitas vezes esse processo envolve conflitos⁶.

Dito isso, nos próximos subcapítulos serão abordadas as características dos sistemas constitucionais atuais e seu *modus operandi* para além dos Estados, de modo a abranger as diversas modalidades de interações entre os agentes do cenário internacional.

Além disso, a função jurisdicional enquanto mecanismo de efetivação dos direitos humanos será objeto de análise e serão levantadas questões como sua legitimidade e competência para tal, assim como as vantagens e desvantagens de intervenções dessa natureza.

⁴ *Idem, Ibidem*, 2009.

⁵ *Idem, Ibidem*, 2009.

⁶ *Idem, Ibidem*, p. 193/194.

1.1. Constituição e Estado constitucional.

A fim de fazer compreender o modelo do transconstitucionalismo, inicialmente, é preciso discorrer acerca do fenômeno do constitucionalismo no plano político dos Estados e dos organismos internacionais. Nesse sentido, cabe expor o conceito de Constituição, delimitando seu objeto.

O sentido do termo “Constituição” vem sendo utilizado por muitos como uma metáfora adequada ao contexto social no qual ela é aplicada, não havendo qualquer precisão conceitual. O que é verificado é a variação do significado conferido a essa palavra conforme transformações sociais ocorrem, de tal forma que, para fins de enfrentar problemas concernentes à política e ao direito, é um conceito inservível⁷.

Assim, com a finalidade de fornecer um sentido preciso à palavra “Constituição”, tem-se que pode ser descrito como um fenômeno da modernidade. Mais especificamente, um fenômeno que surgiu após a superação dos Estados Absolutistas. Essa questão será aprofundada nas linhas que se seguem.

O Constitucionalismo em sentido estrito não pode ser empregado para descrever a realidade anterior à modernidade, tendo em vista que nesse cenário o direito achava-se submisso ao poder político, isto é, sujeitava-se ao arbítrio do soberano, o que evidencia a assimetria existente entre este e seus súditos. Além disso, o direito não se apresentava conforme o é atualmente, mas como um direito estreitamente ligado à religião, de modo a promover a legitimação do poder vigente⁸. Logo, sem exceção, conclui-se que não poderia existir à época uma Constituição no “sentido moderno”⁹.

Em relação aos Estados Absolutistas, tampouco pode ser observada a presença de um Constitucionalismo. Nesse período, apesar da mudança do paradigma do direito, no sentido deste deixar de ser pautado na religião e passar a emanar do poder político, o direito continua a ser tratado como mero instrumento a serviço do poder político. Não são estabelecidos quaisquer direitos oponíveis pelos súditos em face do poder soberano de modo a limitar o poder do soberano¹⁰.

⁷ *Idem, Ibidem*, p. 3-5.

⁸ *Idem, Ibidem*, p. 9.

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 16-17.

¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 17-20.

Assim, como salientado anteriormente, o surgimento da Constituição na acepção aqui empregada aconteceu no século XVIII, associado ao contexto no qual havia a vontade de afastamento das noções de direito e poder político, bem como de vinculação entre eles, de modo a proporcionar a limitação do poder através do direito¹¹. Dito isso, para maiores avanços no estudo acerca da definição de constituição no sentido moderno, é necessário desenvolver a noção de acoplamento estrutural¹².

Primeiramente, cabe ressaltar a configuração da sociedade mundial moderna multicêntrica. Ela é caracterizada pela influência de diversas áreas de conhecimento, tais como economia, política, direito e ciência, na formação da dinâmica social. Um ponto importante é que cada domínio detém a sua própria perspectiva acerca das diversas questões presentes na sociedade¹³.

Com essa convivência e interação entre as diversas esferas de conhecimento, emergem, portanto, vários conflitos que, muitas vezes, transcendem os Estados¹⁴. E é por isso que é essencial o desenvolvimento de ferramentas de cooperação e aprendizado mútuo, capazes de solucionar esses problemas. Nesse sentido, à luz da noção de acoplamento estrutural formulada por Luhmann, Marcelo Neves assinala que os acoplamentos estruturais são “filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente”¹⁵.

Portanto, a Constituição seria um exemplo de acoplamento estrutural entre direito e política¹⁶, pois, ao mesmo tempo em que procede à separação entre esses campos, leva a que se legitimem reciprocamente através da sua conexão e dependência, sem envolver a subordinação entre eles. Observa-se, dessa forma, uma relação de “complementação e tensão recíprocas”¹⁷ entre a esfera jurídica e a política.

A fim de complementar esse conceito de Constituição, cabe destacar as considerações tecidas por Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁸ acerca da definição de Constituição. Em breve síntese, o

11 *Idem, Ibidem*, p. 53.

12 *Idem, Ibidem*, p. 35.

13 *Idem, Ibidem*, p. 22-33.

14 *Idem, Ibidem*, p. 34.

15 *Idem, Ibidem*, p. 35.

16 *Idem, Ibidem*, p. 37.

17 *Idem, Ibidem*, p. 57.

18 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

conceito de Constituição precisa abarcar os seus principais papéis, quais sejam, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos perante o Estado e limitar o poder estatal¹⁹.

Para os fins deste trabalho, importa discorrer sobre o sentido substancial de Constituição. No sentido substancial ou material, isto é, relativo ao teor das normas constitucionais, pode-se dizer que:

A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instruem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais).²⁰

No entanto, a função da Constituição com o passar do tempo estende-se à “busca da justiça social”²¹. Essa necessidade de as Constituições presarem pela justiça social é importante no sentido de permitir o equilíbrio entre a igualdade e a democracia, vetores do direito e do poder político, respectivamente. Portanto, são esses aspectos que marcam o conceito de Constituição transversal²².

Acerca desse assunto importa dizer, ainda, que, como regra, a Constituição transversal não conseguiu atingir todo o seu potencial, na medida em que no processo da sua efetivação sofre diversos bloqueios por várias circunstâncias sociais. Logo, nas palavras de Marcelo Neves, as Constituições seriam utilizadas como “um artefato de fachada simbólica da política referente ao direito, na medida em que são obstruídas as ‘pontes de transição’ que podem servir à racionalidade constitucional transversal”²³.

Após essa exposição, ante o cenário de surgimento de ordens jurídicas no plano internacional, indaga-se se seria possível a existência de Constituições para além dos Estados.

Sob a perspectiva do Constitucionalismo supranacional em escala mundial, o reconhecimento da configuração de uma Constituição no sentido aqui trabalhado esbarra em alguns óbices.

19 *Idem, Ibidem*, p. 55.

20 *Idem, Ibidem*, p. 55-56.

21 *Idem, Ibidem*, p. 56.

22 NEVES, *Op. Cit.* p. 74-78.

23 *Idem, Ibidem*, p. 82.

O primeiro deles é o desequilíbrio no nível de desenvolvimento dos Estados no plano mundial, o que gera graves assimetrias entre eles e impede a dissociação entre direito e poder político em escala global. Nesse contexto, as normas jurídicas internacionais são aplicadas de forma seletiva e discriminatória, de modo a satisfazer os interesses das grandes potências em detrimento de Estados menos influentes²⁴. Pode-se dizer, pois, que o direito serve para justificar o poder político no plano mundial.

Outro problema verificado a partir desse debate está na ausência de um povo constitucional que legitime a atuação da ordem política e jurídica internacional²⁵. Esse fator é determinante para a consolidação da racionalidade da Constituição, na medida em que respalda os procedimentos previstos nesta²⁶.

Conclui-se, desse modo, que esses aspectos impedem a formação de uma Constituição no plano mundial. Por outro lado, a situação muda quando se está diante do Constitucionalismo supranacional em âmbito regional.

Todavia, faz-se necessário que alguns requisitos sejam atendidos para superar as distorções já observadas no plano mundial. São eles: a existência de equilíbrio entre os Estados que compõem esse sistema, de modo a não provocar a subordinação do direito ao poder político dos Estados mais desenvolvidos; a vinculação dos Estados-membros a um sistema constitucional, evitando posturas autoritárias e influências unilaterais; a formação de um povo constitucional, nos termos do parágrafo anterior; e, por fim, a existência de uma esfera pública forte, capaz de ensejar a troca de influências entre os diferentes sistemas²⁷.

1.2. Os diversos sistemas constitucionais e a cooperação entre si.

Em se partindo da análise do conceito de Constituição e suas diversas implicações, passa-se, agora, para o exame dos diferentes níveis de interação entre as ordens jurídicas presentes nos plano mundial, regional, nacional e local.

24 *Idem, Ibidem*, p. 91-97.

25 *Idem, Ibidem*, p. 97.

26 *Idem, Ibidem*, p. 105.

27 *Idem, Ibidem*, p. 99-106.

Com efeito, a partir da superação do modelo do Estado-Nação devido ao incremento do intercâmbio entre diferentes sistemas constitucionais, foi promovida a releitura da noção de soberania estatal. Essa transformação implica na maior abertura à conversação entre diferentes Cortes, bem como na suavização das barreiras entre Estados e demais agentes no plano global, sobretudo no âmbito da chamada jurisdição de garantias.²⁸

Logo, passa-se ao modelo do constitucionalismo transfronteiriço, que nada mais é, nas palavras de Luis Cláudio Martins de Araújo²⁹, senão:

a ideia de problemas jurídicos que perpassam diversas ordens jurídicas. Assim, um problema constitucional transfronteiriço, implica em questões de direitos fundamentais e Direitos Humanos, que podem envolver Cortes locais, estrangeiras, internacionais, supranacionais ou regionais, a partir de conversações constitucionais, com o fortalecimento do entrelaçamento entre ordens jurídicas

Conforme observado anteriormente, há uma gama significativa de sujeitos no plano internacional e estes atores, por vezes, são provocados a interagir entre si. Daí emerge a necessidade de aprofundamento do estudo desse diálogo, pautado no paradigma então estudado, qual seja, o transconstitucionalismo.

Pode-se dizer que o transconstitucionalismo versa sobre como ocorrerá a convergência entre o direito e a política das diversas ordens jurídicas³⁰. Assim, de acordo com esse modelo, essas relações devem primar pela cooperação e pelas trocas racionais e voluntárias, o que não exclui a possibilidade de haver discordâncias a respeito da matéria objeto do problema enfrentado³¹.

E a ideia de diálogo entre as cortes não se encerra por aí. Nesse sentido, cabe esclarecer que a assimilação do direito oriundo de ordem jurídica externa não acontece por qualquer via, mas por um processo de internalização marcado pela autonomia da corte que aplica a norma, a qual tem liberdade para pautar sua decisão em norma alienígena ou não. Nessa operação, há uma revisão do instituto sob a perspectiva da ordem aplicadora da norma³².

28 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

29 *Idem, Ibidem*, 2017.

30 NEVES, *Op. Cit.* p. 115.

31 *Idem, Ibidem*, p. 117.

32 *Idem, Ibidem*, p. 118.

Assim, com o fito de conferir maior legitimidade e racionalidade³³ às decisões jurisdicionais, as cortes locais podem optar com aplicar os precedentes produzidos por cortes externas, sejam elas também locais ou supranacionais, por exemplo. Essa prática vem sendo cada vez mais utilizada e tem como vantagem o enriquecimento do debate jurisdicional, na medida em que traz à tona novos pontos de vista³⁴.

Outro aspecto a ser abordado a respeito dessa conversação é o recorte das matérias que serão objeto desse debate entre as cortes. É requisito que o interesse sobre o tema perpassasse os sistemas jurídicos envolvidos. Assim, não necessariamente o debate versará acerca de direitos fundamentais ou direitos humanos³⁵, mas também de qualquer questão que apresente relevância suficiente para gerar a discussão.

Feitas essas considerações básicas, chega-se ao momento de discorrer acerca das particularidades da relação entre entes provenientes das várias esferas presentes no plano mundial. Primeiramente, vale tecer considerações sobre o transconstitucionalismo entre o direito internacional público e o direito estatal.

Quanto a esse ponto, tem-se como item importante a ser destacado a ausência de hierarquia entre essas ordens³⁶. Não há, portanto, que se falar na imposição por parte do ente internacional de uma postura a ser adotada pelo Estado. Tampouco este deve encarar a sua soberania como uma barreira à observância das normas de direito internacional público, mas como uma exigência de responsabilidade frente à organização social do Estado³⁷.

Sobre o transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional, por sua vez, entende-se organização supranacional como aquela que é:

fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competência de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros³⁸

33 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 39, p. 225-252, 2014.

34 *Idem*, *Ibidem*, p. 249.

35 NEVES, *Op. Cit.* p. 120-129.

36 *Idem*, *Ibidem*, p. 133.-

37 *Idem*, *Ibidem*, p. 135.

38 *Idem*, *Ibidem*, p. 152.

Na prática, o único exemplo de organização de cunho supranacional existente atualmente é a União Europeia (UE).

O vínculo entre os Estados-membros e a ordem supranacional é mais sólido em comparação às demais interações a serem verificadas neste trabalho. No entanto, essa conexão está condicionada à ratificação pelos entes estatais³⁹. Apesar disso, não é possível afirmar que esse maior grau de dependência implique no desvirtuamento da definição de transconstitucionalismo mediante a presença de uma hierarquia entre os atores, mas antes uma troca de influências na medida em que a corte supranacional não é considerada corte suprema dos Estados-membros⁴⁰. Ou seja, não necessariamente a organização supranacional terá a última palavra acerca da solução do conflito.

No que se refere ao transconstitucionalismo entre diferentes ordens estatais, é recorrente a influência mútua entre elas. Vale observar que essas trocas não ocorrem através do mero transplante de institutos jurídicos⁴¹, senão pela análise do direito externo à luz dos preceitos do direito interno, adaptando a solução aplicada à realidade local.

Sob essa perspectiva, verifica-se o reconhecimento da impossibilidade de um ordenamento jurídico bastar por si só, sem ser complementado ou até mesmo aperfeiçoado pelo exemplo do direito oriundo de outros Estados, respeitados os princípios e valores constitucionais de cada ordenamento. É por meio do o chamado direito uniforme, entendido como aquele no qual direitos oriundos de sistemas distintos possuem regras convergentes⁴², decorrente da adoção por uma ordem jurídica de elementos pertencentes a normas estrangeiras a fim de justificar a decisão final, que o diálogo entre cortes acontece.

Acerca do transconstitucionalismo entre ordens estatais e ordens transnacionais, mais uma vez, é preciso oferecer uma definição. Nesse sentido, entende-se por ordens transnacionais “ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos”⁴³. São exemplos de organizações transnacionais: a OMS e a OIT.

39 *Idem, Ibidem*, p. 152.

40 *Idem, Ibidem*, p. 160-161.

41 *Idem, Ibidem*, p. 171.

42 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 289.

43 NEVES, *Op. Cit.* p.187.

Um aspecto interessante nesse estudo é a pretensão de autonomia inerente às ordens transnacionais em virtude da dificuldade enfrentada para atuarem de forma independente no plano internacional⁴⁴ ao mesmo tempo em que atuam em cooperação com as demais ordens existentes. Essa busca por autonomia gera, como consequência, certa tensão no campo das suas relações.

Além disso, é justamente devido ao grande fluxo de influências entre as ordens transnacionais e os Estados, bem como com os demais sistemas, que estão envoltos pela lógica do transconstitucionalismo⁴⁵.

Um ponto controverso e passível de críticas à obra de Marcelo Neves é a questão do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais.

Essas ordens locais extraestatais nada mais são senão modelos de sociedade que ainda não alcançaram um patamar de desenvolvimento e complexidade em suas leis de modo a permitir uma conversação com outras ordens jurídicas estatais. Em geral, os sistemas jurídicos dessas comunidades não possuem normas secundárias⁴⁶.

A respeito das normas secundárias, cabe observar que essa classificação de normas é desenvolvida por Hart e dispõe que as normas secundárias são aquelas que versam sobre a forma como as normas jurídicas são produzidas, modificadas e excluídas do ordenamento jurídico, assim como estabelecem como ocorre o reconhecimento das normas que dispõem direitos e deveres (normas primárias) e as consequências da sua violação⁴⁷.

Dito isso, há uma particularidade no que tange essa conversação em relação às demais, qual seja, a aplicação de um transconstitucionalismo unilateral, conceito esse que parece paradoxal à luz do já estudado, vez que essas ordens simples não possuem estrutura para lidar com o diálogo ativo entre sistemas⁴⁸. Logo, seria problemática a imposição do direito da ordem estatal à ordem local⁴⁹,

44 *Idem, Ibidem*, p. 188.

45 *Idem, Ibidem*, p. 216.

46 *Idem, Ibidem*, p. 217-219.

47 MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de Filosofia do Direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 96.

48 NEVES, *Op.Cit.* p. 217.

49 *Idem, Ibidem*, p. 226.

sob pena de desrespeito a valores como autodeterminação dos povos e de aplicação distorcida e inadequada de institutos jurídicos.

Por fim, chega-se ao transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito internacional. O que importa salientar aqui é o reconhecimento das contribuições dessas ordens na solução de conflitos no paradigma do transconstitucionalismo implica na constatação de que elas exercem funções constitucionais⁵⁰, tais como atuação na garantia dos direitos fundamentais e direitos humanos, bem como na limitação do poder.

A partir da exposição das características do vínculo entre as diferentes ordens jurídicas, cabe observar que, em linhas gerais, a implementação da conversação é pautada por diversas dificuldades, de modo que a experiência do transconstitucionalismo ainda não é significativa⁵¹. Pode-se dizer que os principais obstáculos a isso são as assimetrias entre as ordens jurídicas e a recusa na aceitação de normas advindas de ordenamentos diversos⁵².

1.3. O papel das decisões judiciais na resolução de conflitos que envolvam matéria de direitos humanos.

Ao longo deste capítulo foi trabalhada a temática do conceito de Constituição e as formas de transconstitucionalismo e, baseado nisso, já é viável a compreensão de que nesse modelo os órgãos que desenvolvem função jurisdicional possuem papel central. Nesse sentido, o final deste capítulo destina-se a aprofundar o estudo da função das decisões judiciais na resolução de conflitos acerca de direitos humanos.

Optou-se por limitar a discussão aos conflitos sobre os direitos humanos com a finalidade de direcionar desde já o estudo dos capítulos seguintes, que têm como proposta examinar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito brasileiro, bem como suas repercussões no entendimento do STF no sentido de permitir a realização da prisão após julgamento em segunda instância. Dessa forma, o ponto que mais interessa é, de fato, problemas que abrangem direitos humanos.

50 *Idem, Ibidem*, p. 229.

51 *Idem, Ibidem*, p. 285.

52 *Idem, Ibidem*, p. 279-280.

É importante estabelecer, desde logo, que está sendo gradualmente deixado de lado o paradigma segundo o qual cada ordem produz suas próprias decisões isoladamente para um modelo de intercâmbio entre diferentes ordens jurídicas de forma cooperativa⁵³. Assim, é bem verdade que cada vez mais os órgãos jurisdicionais aplicarão normas oriundas de ordenamentos jurídicos distintos de modo a enriquecer e uniformizar a forma de solução de problemas de interesse comum das sociedades.

Essa nova prática se presta a trazer novos arranjos no direito de cada sistema jurídico, proporcionando um ambiente propício para o surgimento de novas perspectivas de proteção aos direitos humanos em escala transnacional. A busca por novas soluções para questões em que estão em evidência valores inerentes à dignidade humana confere, também, maior legitimidade e previsibilidade às decisões jurisdicionais⁵⁴.

Dito isso, é necessário salientar que o rumo tomado nas atividades das cortes no plano mundial segue no sentido de tutelar os direitos humanos e fundamentais, desempenhando um papel contramajoritário na execução de sua função⁵⁵. Essa é a essência da jurisdição de garantias.

Mais especificamente acerca da garantia dos direitos humanos, após o término da Segunda Guerra Mundial, verifica-se o fortalecimento da jurisdição em defesa dos direitos humanos. Esse modelo encontra fundamento na importância da defesa dos direitos inerentes à pessoa humana em nível universal. Nesse prisma, valores como a soberania estatal e a intervenção mínima não podem prevalecer em face dos direitos humanos⁵⁶.

Com a difusão do protagonismo da jurisdição de garantias, que, como já dito, é aquela que pretende a concretização dos direitos humanos, destacam-se valores éticos e morais, bem como questões de cunho social, como determinantes para as decisões proferidas nesse contexto⁵⁷.

Entretanto, esse papel central desempenhado por órgãos dotados de função jurisdicional não é isento de críticas. Essas observações têm como objeto, sobretudo, a ausência de legitimidade democrática tanto dos julgadores, vez que não são representantes eleitos pela coletividade, quanto

53 ARAÚJO, *Op. Cit.* 2017.

54 ARAÚJO, *Op. Cit.*, p. 234, 2014.

55 ARAÚJO, *Op. Cit.*, p. 99-100, 2017.

56 *Idem, Ibidem*, p. 160.

57 *Idem, Ibidem*, p. 186.

do processo de formação dos tratados sobre matéria de direitos humanos⁵⁸. Tais questões levantadas, por sua vez, podem ser atenuadas por meio de uma motivação satisfatória das suas decisões à luz dos tratados celebrados e dos valores da sociedade na qual os efeitos da decisão serão produzidos⁵⁹.

Superada a problemática acerca do desequilíbrio entre os valores da proteção aos direitos humanos e da legitimidade democrática, tem-se que sob o ângulo da promoção da independência funcional e imparcialidade dos julgadores na defesa de interesses que vão de encontro às inclinações da maioria, o fato de os juízes não serem eleitos seria de certa maneira vantajoso⁶⁰.

Na prática, todavia, não é raro verificar um diálogo deficiente entre as cortes e a realidade social, o que gera a limitação de direitos e garantias reproduzida nas decisões das cortes transnacionais⁶¹. A fim de evitar isso, estas devem preocupar-se em legitimar a sua atuação por meio da emissão de decisões que guardem coerência com a comunidade afetada⁶².

Dito isso, faz-se necessário abordar as diversas formas de uso das decisões dos sistemas regionais nas decisões no âmbito interno, quais sejam:

(i) submissão; (ii) uso decorativo; (iii) resistência; e (iv) diálogo. Onde no modelo da submissão, há deferência total à jurisprudência transnacional; no modelo decorativo, há mera referência desnecessária a elementos não nacionais, como meio de demonstrar conhecimento e autoridade; no modelo de resistência ou repulsa, há despreço total à jurisprudência transnacional, sendo as decisões transnacionais rechaçadas pelas cortes locais; e ainda no modelo dialógico ou de interlocução, há abertura para a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais, que parece permitir uma abordagem mais ampla do tema, a partir da compreensão das razões de decidir (*ratio decidendi* ou *holding*) da Corte⁶³

Em breve síntese, com a finalidade de melhor contemplar as demandas das sociedades envolvidas, a atuação das cortes transnacionais deve se guiar pela racionalidade transversal, de modo a proporcionar uma troca de informações relevantes para a tomada de decisões. Assim, é através do respeito pelas instituições da sociedade e da consequente legitimação das decisões das

58 *Idem, Ibidem*, p. 186-187.

59 *Idem, Ibidem*, p. 187.

60 *Idem, Ibidem*, p. 188.

61 *Idem, Ibidem*, p. 188.

62 *Idem, Ibidem*, p. 193-195.

63 ARAÚJO; DESCHAMPS; LEGALE. *Op. Cit.* p. 7.

cortes que valores como segurança jurídica e estabilidade terão eficácia ⁶⁴e a tutela dos direitos humanos estará resguardada.

Outro aspecto a ser destacado nessa discussão acerca da jurisdição de garantias é a coerência de deve existir entre as várias decisões proferidas. Os julgadores ao decidir devem considerar os vereditos anteriores, bem como os proferidos por outras cortes, a fim de obter uma certa uniformidade entre os julgados ⁶⁵e promover a estabilização das relações. Assim, nas palavras de Luis Claúdio Martins de Araújo⁶⁶:

em uma sociedade internacional pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a exigência de que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma coerente com outras decisões judiciais tomadas no passado, inclusive dos precedentes transnacionais, deve partir de uma visão de previsibilidade e equidade, em que não haja inconsistência ou dissonância interpretativa em escala mundial

Diante dessas informações, é possível responder a pergunta central deste capítulo, qual seja, se o Poder Judiciário está aberto aos diálogos entre sistemas.

Observe-se, diante do que foi estudado, que, ao se levar em conta a experiência ainda discreta do transconstitucionalismo na esfera mundial⁶⁷, não se pode perder de vista a tendência à independência entre o exercício da função jurisdicional e a figura do Estado⁶⁸, tendo em vista que tal atividade é desempenhada nas mais variadas esferas do plano mundial, que se conectam e influenciam mutuamente.

No entanto, parecem evidentes os benefícios gerados pela aplicação de julgados oriundos de cortes estatais e internacionais na esfera local, vez que visam não apenas o incremento da legitimidade das decisões proferidas no âmbito local, mas a promoção de valores como isonomia e coerência dos julgamentos⁶⁹. Tem-se, ainda, que há a promoção da unidade dos sistemas jurídicos⁷⁰, o que leva a maior segurança jurídica para além dos Estados.

64ARAÚJO, *Op. Cit.* p. 198-199, 2017.

65 *Idem, Ibidem*, p. 204.

66ARAÚJO, *Op. Cit.*, p. 234, 2014.

67 NEVES, *Op. Cit.* p. 285.

68 ARAÚJO, *Op. Cit.* p. 240-241, 2017.

69 ARAÚJO, *Op. Cit.*, p. 244, 2014.

70 *Idem, Ibidem*, p. 245.

Logo, pode-se dizer que há uma crescente abertura dos órgãos investidos de jurisdição à manutenção de relações de cooperação marcadas pelo aprendizado mútuo. Essa conversação precisa ser vista não como aquela que serve a um grupo específico hierarquicamente superior, mas busca tratar com isonomia os diferentes sistemas constitucionais.

Além disso, a importância da atuação das cortes transnacionais em diálogo com as cortes estatais está no papel decisivo na efetividade da tutela dos direitos humanos. Conclui-se, portanto, que:

o papel das instituições judiciais no tratamento de problemas comuns e o intercâmbio entre os diferentes ordenamentos, em busca da melhor solução para o ser humano, advêm principalmente da troca construtiva de experiências jurisprudenciais, que cada vez mais cria uma vinculação argumentativa entre os tribunais envolvidos, com base em uma relação de horizontalidade, para alcançar melhor solução aos problemas apresentados⁷¹

71 ARAÚJO, *Op. Cit.* p. 254, 2017.

CAPÍTULO 2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Uma vez explicadas as diversas faces do transconstitucionalismo, assim como a atuação das cortes jurisdicionais no plano mundial, pretende-se, agora, descrever a estrutura e o *modus operandi* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Esse estudo deverá prestigiar o panorama brasileiro relacionado ao SIDH.

Assim, a pergunta a ser respondida ao final deste capítulo é a seguinte: quais os mecanismos estabelecidos para reger o diálogo entre o SIDH e o Brasil e de que modo decidir qual o direito aplicável à questão?

Dito isso, a resposta passa não apenas pelo estudo dos tratados sobre direitos humanos e, mais especificamente, do SIDH, mas também pela exposição do tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro às suas normas e decisões. Assuntos importantes nesse estudo são, ainda, as disposições da Constituição de 1988 acerca dos tratados sobre direitos humanos e a forma como ocorre o controle de convencionalidade no direito pátrio.

2.1. Considerações acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Primeiramente, merece atenção a origem e as características do SIDH, levando em consideração a maneira tal qual é estruturada, a norma que a organiza e dita suas diretrizes, e, finalmente, a forma como opera no contexto regional.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem-se revelado como mecanismo de tutela dos direitos humanos, atuando sobretudo em situações nas quais os instrumentos previstos pelo direito interno dos Estados falham em garantir sua observância⁷². Nesse sentido, vale discorrer acerca da relevância dos direitos humanos no cenário mundial.

72 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 391.

Em relação à sua natureza, os direitos humanos devem ser considerados como fruto de um processo histórico no qual as demandas sociais estão em posição de protagonismo⁷³. E, assim sendo, tais garantias conferidas a todos os indivíduos sem distinção devem ser devidamente protegidos. Daí depreende-se a necessidade de delinear os primeiros contornos do sistema de proteção dos direitos humanos.

Sua origem ocorreu, basicamente, após a superação da ideia de supremacia estatal como um valor absoluto⁷⁴. Nesse cenário, houve a celebração de diversos tratados de direitos humanos no plano global, o que contribuiu para que as relações deixassem de ser regidas apenas pelo direito interno dos Estados e que a proteção dos direitos humanos fosse expandida e consolidada.

Em síntese, cumpre dizer que a jurisdição internacional em defesa dos direitos humanos está justificada a partir do entendimento segundo o qual os direitos próprios aos seres humanos devem ser universalmente defendidos e garantidos⁷⁵. E, sobre o desenvolvimento do sistema de proteção dos direitos humanos, temos, como exemplos de primeiras manifestações no sentido de tutelá-los, o Direito Humanitário, criado para limitar as atrocidades cometidas em tempos de guerra, e a atuação da Liga das Nações como limitadora da soberania estatal ao “promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros”⁷⁶.

No entanto, a consolidação da proteção dos direitos humanos tem como ponto de partida o marco do fim da Segunda Guerra Mundial, vez que as crueldades cometidas durante os regimes totalitários estavam em evidência e, como isso, buscou-se desenvolver mecanismos capazes de garantir a observância de valores éticos e morais para garantir tratamento digno a todos. Como consequência desse panorama, surgiu a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, levando a efeito a tutela dos direitos humanos⁷⁷.

A partir dessa perspectiva, portanto, os indivíduos passaram a ser considerados sujeitos no campo do direito internacional, ao lado dos Estados e dos diversos Organismos Internacionais⁷⁸.

73 *Idem, Ibidem*, p. 201-202.

74 NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. *Princípio por persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019, p. 34.

75 *Idem, Ibidem*, p. 160.

76 PIOVESAN, *Op. Cit.* p.204.

77 *Idem, Ibidem*, p. 223.

78 SÁ, Maria Carolina de Souza Ribeiro de. *A aplicabilidade do direito internacional humanitário na Corte Interamericana de Direitos Humanos*: um estudo de casos de massacres colombianos. Rio de Janeiro, 2019, p. 17.

Nesse contexto, além do surgimento de sistemas globais de proteção aos direitos humanos, emergiram diversos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, sendo os principais deles os sistemas europeu, africano e americano. Esses sistemas regionais apresentam a vantagem de abrangerem Estados geograficamente próximos e semelhantes em termos de história e aspectos sociais, acabando por reforçar os efeitos do sistema mundial⁷⁹.

Ao trazer essas informações para o objeto deste trabalho, tem-se que um dos instrumentos criados com a finalidade de proteger os direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que deu origem ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e instituiu seus principais órgãos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A CADH, ou Pacto de São José da Costa Rica, é a principal norma que compõe o SIDH. No entanto, outro diploma importante é a Carta de Organização dos Estados Americanos, bem como o Protocolo de São Salvador, que estabelece direitos sociais, culturais e econômicos, sendo que o enfoque deste capítulo recairá sobre a CADH, somente.

Outro detalhe interessante, que deve ser mencionado antes de partir para a análise do sistema propriamente dito, é a existência de limitações no que concerne aos integrantes deste. Assim, restou estabelecido que, para que o Estado integre o SIDH, faz-se necessário que ele seja membro, também, da Organização dos Estados Americanos.

A CADH positiva um rol de direitos humanos os quais devem ser respeitados pelos Estados-membros. Entenda-se por respeitar, não apenas não se opor à concretização dos direitos lá elencados, mas também assegurar e ampliar sua eficácia por meio das medidas estatais cabíveis⁸⁰, tais como edição de leis e formulação de políticas públicas.

Mais especificamente sobre o SIDH, compete aos órgãos que o integram, quais sejam, a CIDH e a Corte IDH, agir com o fito de assegurar a observância dos direitos humanos, cada um exercendo suas próprias atribuições, como será visto na sequência.

79 PIOVESAN, *Op. Cit.*, p. 350.

80 *Idem, Ibidem*, p 358.

Sobre o funcionamento da CIDH, tem-se que é composta por sete membros eleitos para o período de quatro anos subsequentes, oriundos de qualquer um dos Estados-membros da OEA. A CIDH possui como atribuição, sobretudo, assegurar que os direitos humanos elencados da CADH sejam devidamente respeitados e garantidos. Desse modo, pode-se afirmar que:

cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos⁸¹

Outra função da CIDH é a realização de exame sobre “as comunicações, encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção”⁸².

Acerca da legitimidade para encaminhar à CIDH notícia de violação a direitos humanos elencados na Convenção, tanto os Estados-membros e os indivíduos podem fazê-lo. É preciso dizer, no entanto, que, quando se fala da legitimidade de indivíduos para comunicar essa violação, ela não está restrita à vítima, mas outras pessoas e integrantes da sociedade civil organizada podem noticiar o atendado aos direitos humanos.

Por sua vez, é condição para o exercício desse direito de peticionar à CIDH que a questão tenha enfrentado todas as instâncias previstas no direito interno do respectivo Estado, bem como que inexista litispendência no plano internacional, isto é, outra entidade internacional não pode estar analisando a mesma questão⁸³. Essa regra está de acordo com a ideia segundo a qual aos Estados-partes deve ser concedida a oportunidade de reparar as violações por eles mesmos perpetradas para só depois provocar entidades internacionais para solucionar o conflito.

Direcionada, assim, notícia de violação de direitos humanos à CIDH, esta realizará o juízo de admissibilidade e, caso ele seja positivo, será oportunizado ao Estado-membro prestar informações em sua defesa. Uma vez verificadas as informações, ou sendo o ente estatal omissor, a CIDH apurará a existência da violação e sua persistência⁸⁴.

81 *Idem, Ibidem*, p. 361.

82 *Idem, Ibidem*, p. 362.

83 *Idem, Ibidem*, p. 363-364.

84 *Idem, Ibidem*, p. 364.

Na sequência, se compreender que a violação não perdura, deve pedir o arquivamento da notícia. Por outro lado, se entender pela existência das circunstâncias que ferem os direitos humanos, deve prosseguir com o feito e buscar uma solução consensual para o problema. Na hipótese de não haver solução consensual, a CIDH deverá redigir um relato do ocorrido e editar recomendações de como o ente estatal deverá proceder, e este, por sua vez, terá o prazo de três meses para dar cumprimento à determinação⁸⁵. Observe-se que, no transcorrer desse prazo, poderá a questão ser apresentada à Corte IDH, órgão dotado de jurisdição no plano do SIDH.

Saliente-se, ainda, que existe a possibilidade da CIDH solicitar que medidas de urgência sejam adotadas. Ela pode requerê-las diretamente ao Estado-parte ou encaminhar a solicitação à Corte IDH para que esta tome as providências cabíveis. Todavia, é preciso que estejam preenchidos os requisitos de urgência e de extrema gravidade⁸⁶.

Feitas essas considerações acerca da sistemática da Comissão, parte-se para o estudo da Corte IDH, órgão jurisdicional do SIDH com competência consultiva e contenciosa⁸⁷, e, portanto, a muito interessa a este trabalho.

Inicialmente, cabe considerar que, no que concerne à sua composição, integram a Corte IDH sete juízes oriundos de Estados-partes da OEA, desde que eleitos pelos Estados que aderiram à CADH.

Sobre a competência consultiva da Corte IDH, esta comporta o exercício do controle de convencionalidade da legislação interna dos Estados-partes, bem como a emissão de opiniões acerca de temas concernentes à Convenção Americana de Direitos Humanos⁸⁸, em especial sua abrangência e compreensão dos direitos humanos e princípios nela contidos.

A competência contenciosa da Corte IDH, por sua vez, está restrita aos Estados que integram o SIDH e que, ainda, reconhecem a jurisdição da Corte. Essa regra presente no artigo 62 da Convenção⁸⁹ é alvo de críticas, vez que alguns autores entendem que a jurisdição da Corte IDH

85 *Idem, Ibidem*, p. 365.

86 *Idem, Ibidem*, p. 367.

87 *Idem, Ibidem*, p. 367.

88 *Idem, Ibidem*, p. 369.

89 “3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

deveria ser obrigatória para todos os Estados signatários da Convenção⁹⁰ como prova ampliar a eficácia das determinações desta.

Outro ponto que deve ser trabalhado é o da legitimidade para submeter um caso para a apreciação da Corte IDH, que apresenta-se mais restrita do que no caso da Comissão Interamericana. Isso ocorre porque somente podem fazê-lo a CIDH Interamericana e os Estados-membros⁹¹, nunca o indivíduo ou organizações não governamentais diretamente, em conformidade com a redação do artigo 61 da Convenção⁹². Estes só poderão atuar na apresentação de provas e informações após a submissão do caso à Corte IDH pela CIDH⁹³.

Ultrapassada essa questão da legitimidade das partes para a submissão do caso à Corte IDH, há que se falar do procedimento adotado por esta a seguir. Assim, a Corte IDH analisará casos de violação aos direitos humanos assegurados na CADH e, para isso, deverá examinar se há de fato a suposta violação a direito, oportunizado o exercício do contraditório, e, caso reconheça que a ofensa existe, determinar medidas a serem adotadas pelo Estado que perpetrar as violações a fim de reverter essa realidade. É possível, ainda, que seja cominada sanção a título de reparação à vítima⁹⁴.

Ainda sobre a função contenciosa da Corte IDH, cabe observar que ela tem competência para determinar o cumprimento de medidas de urgência pelos Estados-partes⁹⁵. Nesse sentido, tanto as medidas de urgência quanto as determinações feitas após decisão final do referido órgão jurisdicional possuem força vinculante, devendo ser cumpridas pelos entes estatais.

Diante do aumento da relevância da atuação dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, o tema da efetividade das decisões da Corte IDH constitui, entretanto, grande preocupação do SIDH, vez que a proteção dos direitos por ele tutelado depende disso.

Como já comentado anteriormente, o cenário internacional tende para a realização de diálogos entre diferentes sistemas, sob a justificativa de que isso forneceria maior isonomia, racionalidade e efetividade das decisões jurisdicionais acerca de conflitos em que o valor da dignidade humana

90 *Idem, Ibidem*, p. 372.

91 *Idem, Ibidem*, p. 372.

92 “1. Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte.”

93 *Idem, Ibidem*, p. 373.

94 *Idem, Ibidem*, p. 373.

95 *Idem, Ibidem*, p. 379.

estiver em disputa. Apesar dessa maior abertura dos sujeitos do direito internacional, verifica-se que ainda há uma certa dificuldade da Corte IDH de impor o cumprimento de suas decisões.

Com efeito, a prática revela a tendência do cumprimento das determinações no sentido de pagamento de indenizações por parte dos entes estatais a título de reparação. No entanto, quando se está diante de reparações de caráter não monetário, tais como a imposição de sanções e determinação de que seja apurado o fato, é perceptível o comportamento estatal no sentido de deixar de cumprir as sentenças do órgão jurisdicional internacional⁹⁶.

Assim, através dessas reflexões, no correr deste capítulo, serão analisadas as ferramentas normativas que se destinam a garantir e promover o amplo cumprimento das disposições da CADH no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. Conflitos de normas e interpretação dos tratados

Caracterizado o SIDH, parte-se para o estudo da interpretação dos tratados, fonte do direito internacional e dotados de força vinculante, principalmente sob a ótica da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e da própria Convenção Americana de Direitos Humanos.

Acerca da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, tem-se que esta é o principal regulamento sobre os tratados firmados entre Estados⁹⁷. Ela é aplicada nos tratados firmados entre Estados e tratados que visam a constituição de organismos internacionais, incluídos aqui os celebrados no âmbito da referida organização, conforme dispõe o artigo 5º da CVDT⁹⁸. Assim, as normas constantes da CADH estão subordinadas ao regime imposto pela CVDT de 1969.

Cabe, inicialmente, definir o que se considera tratado para os efeitos da CVDT. O conceito apresentado é bastante amplo, vez que considera tratado as manifestações escritas e firmadas entre Estados em um ou mais instrumentos⁹⁹. Segundo essa definição, a CADH se enquadra como um tratado, mesmo que sua denominação seja a de “convenção”.

⁹⁶*Idem, Ibidem*, p. 392.

⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 122.

⁹⁸ “A presente Convenção aplica-se a qualquer tratado que seja acto constitutivo de uma organização internacional e a qualquer tratado adoptado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo das normas aplicáveis da organização.”

⁹⁹ Art. 2º, 1, a, CVDT: “ Para os fins da presente Convenção: (...) «Tratado» designa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer esteja consignado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, e qualquer que seja a sua denominação particular;

A Convenção de 1969 identifica dois principais princípios norteadores do direito dos tratados, quais sejam, o *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé. No entanto, o texto da CVDT é explícito ao dizer que devem ser aplicados, também, aos tratados os princípios gerais de direitos internacional e de justiça.

Acerca do *pacta sunt servanda*, essa norma estabelece a vinculação dos Estados signatários do tratado, sendo vedada a invocação de disposição de direito interno que vá de encontro às normas de direito internacional para justificar o descumprimento do tratado. Assim, esse princípio tem por objetivo reforçar a obrigatoriedade do cumprimento das determinações presentes nos tratados.

Por sua vez, o princípio da boa-fé atua como uma norma de interpretação dos tratados e encontra previsão no artigo 31.1 da CVDT. A boa-fé demanda uma atuação dos sujeitos de direito internacional colaborativa e em conformidade com os valores de lealdade e proteção às expectativas da outra parte.

Assim, pode-se considerar que a boa-fé é elemento que visa dar maior concretude ao *pacta sunt servanda*, vez que reforça o dever de cumprir o pactuado sem se valer de artifícios que violem os deveres de lealdade e de cooperação inerentes à obrigação. Revela-se, portanto, a boa-fé como “princípio basilar do Direito dos Tratados”¹⁰⁰.

Outro ponto acerca das regras de interpretação dos tratados, o artigo 31 da CVDT e a jurisprudência da Corte IDH consolidam as técnicas de interpretação evolutiva e sistemática. Esses recursos interpretativos, saliente-se, devem ser utilizados não apenas pelos organismos internacionais mas também pelos Estados-membros dos sistemas de proteção aos direitos humanos.

Primeiramente, a interpretação evolutiva propõe uma leitura contextualizada e atrelada à finalidade do tratado¹⁰¹, como versa o mencionado artigo 31 da CVDT, assim como atenta aos valores e práticas vigentes à época da interpretação das normas em questão. São importantes como critérios de interpretação, também, os costumes, as normas e os posicionamentos de entidades internacionais¹⁰².

100 NETTO, *Op. Cit.*, p. 220.

101 *Idem, Ibidem*, p. 227-228.

102 *Idem, Ibidem*, p. 227.

Tal técnica é importante, ainda, no que concerne a conferir sentido de termos jurídicos indeterminados. Afinal, existem situações nas quais “os tratados contêm termos genéricos que podem sofrer mudanças com o passar do tempo, ou por alterações de padrões de moralidade ao longo dos anos”¹⁰³.

Já a técnica de interpretação sistemática, amplamente utilizada pelos intérpretes no âmbito do direito interno, bem como pela Corte IDH, preza pela leitura da norma à luz das demais regras, princípios e valores integrantes do ordenamento jurídico ao qual faz parte. Assim, o sentido da norma deve ser dado considerando o sistema como um todo e não apenas a regra isoladamente¹⁰⁴.

Assim, a fim de que seja viável a interpretação sistemática no âmbito da Corte Interamericana, esta faz uso do *corpus juris* internacional, entendido como o conjunto de normas de direito internacional existentes¹⁰⁵. Para fins práticos, é comum que se faça um recorte desse universo de regras e princípios de acordo com o objetivo buscado com a interpretação das normas.

Para o exercício das suas atribuições, a Corte IDH costuma, a título de exemplo da aplicação do *corpus juris* internacional, considerar as disposições constantes não apenas na CADH, mas ainda em outros tratados sobre matéria de direitos humanos, costumes e princípios gerais de direito internacional. Desse modo, tem-se o diálogo de fontes de direito internacional com o fim de proporcionar maior racionalidade às decisões e entendimento, além de suprir eventuais lacunas presentes.

Uma vez expostos os princípios e critérios de interpretação das normas de direito internacional de direitos humanos a partir da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, passa-se a tratar das regras específicas trazidas pela CADH.

Com efeito, a CADH traz disposição no sentido de que seja aplicada a norma mais favorável ao indivíduo titular do direito em questão em seu artigo 29.b¹⁰⁶. Assim, diante de um conflito de normas sobre direitos humanos, tem-se que é preciso verificar qual dispositivo traz mais benefícios

103 *Idem, Ibidem*, p. 229.

104 *Idem, Ibidem*, p. 234.

105 *Idem, Ibidem*, p. 220.

106 “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;”

ao destinatário da norma, mesmo que isso signifique aplicar o direito interno ao invés do direito internacional.

Todavia, cabe fazer uma distinção de quando esse princípio será aplicado e quando não será. Como dito anteriormente, o princípio *pro persona* incide em situações em que diferentes fontes de direitos proporcionam diversos graus de proteção ao indivíduo e, assim, determina a prevalência da norma mais favorável. Essa sistemática é, por vezes, confundida com hipótese na qual há conflito de interesses e deve ser realizada ponderação a fim de decidir qual direito prevalecerá¹⁰⁷. Nessa última, não há que se falar em aplicação do princípio *pro persona*.

Diante dessa sistemática, acrescenta-se que o entendimento que prospera é o de que o princípio *pro persona*, como é chamada essa norma, é princípio geral de direito internacional de direitos humanos e, portanto, não é necessário que esteja previsto no tratado para ser aplicado¹⁰⁸.

Outro princípio norteador da interpretação dos tratados sobre direitos humanos é o da máxima efetividade dos direitos humanos, que prevê que esses direitos deverão ter sua eficácia ampliada ao máximo possível pelas autoridades incumbidas de garantir sua aplicação¹⁰⁹. Assim, os benefícios produzidos pela garantia deverão ser aproveitadas com o menor grau de prejuízo aos titulares de direitos.

Há, ainda, o princípio da vedação ao retrocesso, também conhecido como efeito *cliquet*. Esse princípio dispõe que, uma vez positivada uma garantia ligada à dignidade humana é vedada a “eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos¹¹⁰”.

Por fim, cabe salientar o debate acerca do *jus cogens* no direito internacional. *Jus cogens* pode ser definido como o conjunto de normas de direito internacional de observância obrigatória e, a princípio, definitiva, cuja revogação é considerada nula, a não ser que seja feita por outra norma integrante do *jus cogens*¹¹¹. Ressalte-se que qualquer fonte de direito internacional, elencadas no

107 *Idem, Ibidem*, p. 243.

108 *Idem, Ibidem*, p. 87.

109 *Idem, Ibidem*, p. 66.

110 *Idem, Ibidem*, p. 75.

111 CVDT de 1969, art. 64 “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”

artigo 38 da Corte Internacional de Justiça¹¹², a depender de seu conteúdo, poderá conter exemplos de normas peremptórias.

Conforme observa Levan Alexidze, para que seja identificada como tal, a norma integrante do *jus cogens* deve apresentar as seguintes características:

- (a) a rule should be recognized as legally binding by the international community of States as a whole, i.e., by all or almost all States with different socio-economic systems;
- (b) the peremptory character of a rule should be recognized by States either *expressis verbis*, or such a character can be presumed due to its vital social and moral value for the functioning of the whole contemporary international legal order;
- (c) any derogation from a rule by the mutual consent of the States on the local level, aimed at worsening the commonly recognized legal standards of civilization, is null and void;
- (d) the voidness of agreements derogating from a given treaty or customary rule cannot be avoided even if the participants of a derogating agreement try to free themselves from treaties or customs containing *jus cogens* rules¹¹³.

Nesse sentido, a CVDT de 1969 reconhece a existência do *jus cogens* em seu artigo 53¹¹⁴. Assim, em que pese a controvérsia sobre a possibilidade de haver tais normas cogentes na esfera do direito internacional, pode-se afirmar que elas já se encontram positivadas no regramento geral dos tratados.

Não existe um rol taxativo de todas as normas que fazem parte desse universo do *jus cogens*, vez que a sua existência não depende de uma previsão específica, mas de uma ampla aceitação no âmbito internacional de que aquela norma deve ser considerada por todos e de aplicação obrigatória.

Cabe dizer, por fim, trazendo essa questão para o plano do SIDH, que os direitos humanos estão estreitamente relacionados a esse assunto, pois são considerados matéria cuja observância é de extremo relevo na sociedade mundial. Assim, é possível afirmar que os Estados estão obrigados a

112 “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

113 ALEXIDZE, Levan. Legal natures of *jus cogens* in contemporary international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024727780_02> Acesso em: 20 de jun. de 2020. p. 243.

114 “É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.”

impedir a violação aos direitos humanos previstos na CADH, eis que esses direitos integram o chamado *jus cogens*.

2.3. A Constituição de 1988 e tratados

Conforme já salientado anteriormente, o Brasil é signatário do Pacto São José da Costa Rica e, portanto, está vinculado às suas disposições normativas e ao SIDH. A partir disso, é necessário observar a posição dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o tratamento que a CRFB/88 confere a estes, a fim de compreender de que forma o direito interno dialoga com as normas de direito internacional.

Assim, enquanto anteriormente foi estudada a conversação do direito internacional sob o ponto de vista da SIDH, nesta ocasião serão tecidas considerações acerca da forma como o ordenamento jurídico interno lida com as diretrizes presentes em tratados de direitos humanos.

Inicialmente, importa tecer breves considerações acerca do processo de internalização dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, é possível afirmar que possui, basicamente, quatro fases: assinatura, aprovação pelo Congresso Nacional, ratificação e depósito.

Com vistas a celebrar um tratado, é feita uma negociação dos termos do tratado entre os Estados que pretendem ser seus signatários. Assim, no caso brasileiro, conforme a redação do artigo 84, VIII, da CRFB/88¹¹⁵, o Presidente da República ou seu representante na diplomacia poderá assinar ou não o instrumento. Caso seja realizada a assinatura, o Estado brasileiro terá se comprometido a levar o texto do tratado para análise pelo Congresso Nacional.

Ao Congresso Nacional, por sua vez, compete, na forma do artigo 49, I, da CRFB/88¹¹⁶, a análise do tratado que pretende ser internalizado, sendo dada origem a um novo projeto de Decreto Legislativo, e sua posterior aprovação. Caso o texto seja aprovado, o Decreto Legislativo já mencionado será publicado e caberá ao Chefe de Estado, ou seja, ao Presidente da República a ratificação do tratado.

115 “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

116 “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

A partir da ratificação caberá ao Presidente da República a promulgação e publicação de Decreto de modo a inserir em definitivo o texto do tratado no ordenamento jurídico brasileiro. E, por fim, caso o tratado em questão estabeleça dessa forma, deverá ser feito o depósito do instrumento no organismo internacional interessado.

Sobre as disposições constitucionais acerca dos direitos fundamentais, cabe afirmar que a própria Lei Maior determina que os direitos fundamentais previstos no artigo 5º não exaurem o rol de garantias individuais asseguradas a todos, conforme redação do seu §2º. À luz desse dispositivo, depreende-se que o sistema de direitos e garantias fundamentais positivado na Constituição federal de 1988 se classifica como aberto e, portanto, o rol do artigo 5º não exclui outros direitos previstos ao longo da Lei Maior¹¹⁷, seja de maneira implícita ou explícita.

Acrescente-se que o referido dispositivo prevê que também são considerados direitos fundamentais os direitos previstos em tratados dos quais o Brasil é signatário. A escolha do constituinte se deu em virtude de tais normas serem materialmente constitucionais, ou seja, possuem conteúdo constitucional devido à relação que os direitos humanos guardam com o valor constitucional da dignidade da humana.

Esse raciocínio resulta do compromisso do ordenamento jurídico pátrio com o respeito não apenas ao texto constitucional mas a valores e princípios que dele emanam¹¹⁸. No mais, essa maior elasticidade do rol de direitos fundamentais encontra-se de acordo com a complexidade da sociedade contemporânea, vez que esta demanda maior adaptabilidade desses direitos de acordo com as mudanças ocorridas em razão do tempo e do espaço¹¹⁹.

Outra questão relativa ao mencionado dispositivo constitucional diz respeito à possibilidade de legislação infraconstitucional fixar novos direitos fundamentais, a qual é destinada a atribuição de regulamentar e efetivar as disposições constitucionais acerca desses direitos. Como colocado por Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁰, é viável a instituição de direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional na medida que este pode revelar preceitos constitucionais implícitos antes

117 BRANCO; MENDES, *Op Cit*, p.170-171.

118 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 81.

119 *Idem, Ibidem*, p. 85.

120 *Idem, Ibidem*, p. 89.

mesmo que o poder constituinte derivado resolva por dar *status* formalmente constitucional a esses direitos.

Há, ainda, o debate sobre de que forma as normas internacionais que versam sobre direitos humanos são internalizadas pelo país e qual seu *status* no contexto do ordenamento jurídico. São duas as principais correntes a serem estudadas a seguir.

A primeira posição é no sentido de exigir um procedimento formal de internalização dessas normas para que tenham aplicabilidade interna, que é a que predomina no Brasil haja vista as orientações constitucionais acerca da matéria. No entanto, parte da doutrina entende pela aplicabilidade automática dos tratados sobre direitos humanos, mesmo sem passar por processos legislativos¹²¹. Os autores que defendem essa última posição sustentam que, por se tratar de normas materialmente constitucionais, deveriam gozar de hierarquia constitucional da mesma forma que os direitos consagrados na Lei Maior, preservando, assim, sua eficácia.

Ainda sobre o tema, importa salientar que a Constituição federal de 1988 trata do status constitucional dos tratados anteriormente mencionados mais precisamente no artigo 5º, §3º, da CRFB/88¹²². Com efeito, tem-se que, enquanto o parágrafo anterior reconhece de forma expressa o conteúdo constitucional das referidas normas de direitos humanos, o parágrafo 3º estabelece que tais normas são, também, formalmente constitucionais, se seguido o rito correspondente à aprovação de emendas constitucionais.

Nesse sentido, os tratados que versam sobre direitos humanos devidamente internalizados mediante o procedimento do mencionado dispositivo integram o chamado bloco de constitucionalidade e, portanto, servem de parâmetro para as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro. Nessa lógica, os direitos humanos servem de parâmetro tanto no controle de convencionalidade quanto no controle de constitucionalidade.

Entende-se como bloco de constitucionalidade o conjunto de normas, sejam elas pertencentes à Constituição ou não, o qual serve de parâmetro e vinculam as demais normas do ordenamento jurídico de hierarquia inferior. Integram o bloco de constitucionalidade a Constituição federal, o

121 *Idem, Ibidem*, p. 122.

122 “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

ADCT e os tratados que versam sobre direitos humanos aprovados com o quórum de Emenda Constitucional.

Como consequência desse raciocínio, os tratados aprovados com o rito do artigo 5º, §3º, da CRFB/88 servem de parâmetro do controle de constitucionalidade, além de o ser também em sede de controle de convencionalidade, conforme será aprofundado posteriormente ao longo deste capítulo. Por ora, cumpre expor que essa possibilidade propicia maior controle do cumprimento dos direitos estabelecidos no tratado pelas autoridades públicas.

Outra conclusão que é possível chegar a partir desse raciocínio é que os direitos e garantias previstos nesses tratados têm natureza de cláusula pétrea e, assim, submetem-se ao tratamento dispensado pelo artigo 60, §4º, da CRFB/88¹²³. Logo, não poderiam sofrer supressão ou restrição que implique em violação ao seu núcleo essencial.

Entretanto, essa colocação não está livre de críticas na medida em que submete um texto que não consta expressamente na Constituição federal às limitações ao poder de reforma desta¹²⁴. Nesse sentido, ao falar que uma norma constitucional constitui cláusula pétrea, está-se a entender que ela deve ser, também, formalmente constitucional a fim de limitar o poder constituinte derivado.

Uma vez estabelecida a situação dos direitos fundamentais no direito brasileiro, que inclui os direitos decorrentes de tratados dos quais o Brasil é signatário, importa tecer algumas considerações acerca da eficácia dos direitos fundamentais. É a partir dessa análise que se verificará o alcance e os efeitos gerados com a positivação e internalização dos direitos humanos.

A fim de tratar do tema, cumpre recorrer à redação do artigo 5º, §1º, da CRFB/88¹²⁵, que confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais. Esse dispositivo, longe se configurar letra morta no texto constitucional, tem como principal finalidade, de acordo com parte da doutrina, a ampliação dos efeitos dos direitos fundamentais, sejam eles oriundos da própria Lei Maior ou tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, de modo a garantir sua eficácia até mesmo em casos em que carece de certa regulamentação¹²⁶.

123 “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais.”

124 SARLET, *Op. Cit.*, p. 126.

125 “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

126 *Idem, Ibidem*, p. 276.

No entanto, isso não significa que não seja necessária em certos casos a regulamentação pelo Poder Legislativo, mas que o constituinte buscou conferir uma eficácia ampliada aos direitos fundamentais de modo a tutelar tais valores atrelados à dignidade humana. Dá-se às normas que instituem direitos e garantias fundamentais, portanto, um viés principiológico¹²⁷, utilizando-se a ponderação como técnica para auferir sua aplicabilidade diante do caso concreto.

Sob esse ponto de vista, os direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro possuem dois planos de eficácia, quais sejam, o vertical e o horizontal. No primeiro, os direitos fundamentais vinculam a atuação das autoridades públicas, sejam no âmbito do Poder Judiciário, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que devem por em prática seus preceitos. Todas essas esferas deverão maximizar a eficácia dessas normas de maneira que a proposta da Constituição seja atendida. Por outro lado, temos a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual os particulares encontram-se obrigados a dar-lhes cumprimento, mesmo diante da ausência de determinação estatal nesse sentido¹²⁸.

Observe-se que a atual redação do referido dispositivo constitucional foi ditada pelo EC nº 45/2004, de edição relativamente recente. Dessa forma, é possível inferir que nem sempre essa foi a lógica estabelecida pelo texto constitucional e que alguns tratados que versam sobre matéria de direitos humanos deixaram de ser abarcados pelo *status* constitucional.

Antes da edição da referida Emenda Constitucional, o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 no ano de 1977 ia no sentido de que a hierarquia dos tratados sobre direitos humanos seria equivalente à da legislação ordinária. Assim, nada impediria a revogação de tratados por meio de lei ordinária, enquanto a lei ordinária não poderia ser revogada por disposições de tratados. Esse posicionamento restringia os mecanismos de tutela aos direitos humanos na medida em que colocava os tratados em posição desvantajosa em relação às normas internas do país.

Mencione-se, ainda, que a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Lei Maior foi alvo de algumas críticas, sobretudo daqueles que consideravam que os tratados sobre direitos humanos teriam aplicabilidade automática, independentemente de sua internalização mediante procedimento formal. Isso ocorre porque, para os que sustentam esse ponto de vista, os direitos consagrados

127 *Idem, Ibidem*, p. 278.

128 *Idem, Ibidem*, p. 277.

nesses tratados teriam *status* constitucional mesmo sem passar pelo rito de emenda à Constituição, tendo o disposto no artigo 5º, §3º, da CRFB/88 dificultado a sua incorporação ao bloco de constitucionalidade¹²⁹. E, por isso, tal dispositivo seria contraditório ao parágrafo anterior.

Por outro lado, há quem sustente que a inserção do referido parágrafo foi importante no que se refere ao princípio democrático. Ao integrar o próprio texto constitucional, além de vincular as demais normas e alterar a Constituição, ingressam nesta como cláusulas pétreas e, portanto, constituem limites ao poder constituinte derivado¹³⁰.

Além disso, esse dispositivo, ao realizar uma distinção entre os tratados sobre direitos humanos e os demais, também concorreu para a superação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que haveria equiparação entre a legislação ordinária e os tratados sobre direitos humanos. Com o advento do artigo 5º, §3º, da CRFB/88, foi consagrado o entendimento segundo o qual os tratados sobre direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado de emenda à Constituição ostentarão *status* de supralegalidade em respeito ao §2º do mesmo artigo.

Com efeito, em 2008, com o julgamento dos Habeas Corpus nº 92.566-9/SP e 87.585-8/TO, bem como dos Recursos Extraordinários nº 349.703-1/RS e 466.343-1/SP, que versavam sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, permitida na CRFB/88 e vedada pela CADH, a Corte Suprema do país consolidou o entendimento diverso do anteriormente adotado.

A posição que prevaleceu no STF foi a de que os tratados que versam sobre direitos humanos internalizados antes da EC 45/2004 possuem caráter supralegal, e apenas ostentam *status* constitucional aqueles que foram aprovados com o procedimento do artigo 5º, §3º, da CRFB/88. Os tratados que não versam sobre matéria de direitos humanos são equiparados à legislação ordinária.

A consolidação desse entendimento é importante tendo em vista que é determinante na política legislativa a favor dos direitos humanos. Desse modo, a hierarquia superior dessas normas submete o Poder Público a suas disposições de forma mais vinculante, sendo mais dificultosa a sua exclusão ou restrição pela atividade legislativa, além de proporcionar as condições necessárias para

129 *Idem, Ibidem*, p. 130.

130 *Idem, Ibidem*, p. 131.

a realização do controle de constitucionalidade e de convencionalidade, como será visto na sequência.

2.4. Controle de convencionalidade

Agora que os tratados sobre direitos humanos foram situados no contexto do ordenamento jurídico interno, de modo a delimitar o seu status em relação a este, seja ele constitucional ou supralegal, é o momento para discorrer acerca do controle de convencionalidade e seus efeitos na prática jurídica brasileira.

A princípio, cabe conceituar o que vem a ser controle de convencionalidade. Mas antes disso, importa considerar que, de maneira diversa do que ocorre no controle de constitucionalidade, no qual o bloco de constitucionalidade serve de parâmetro no exame de compatibilidade entre ele e as demais normas do ordenamento jurídico, no controle de convencionalidade a norma parâmetro são os tratados dos quais o Brasil é signatário.

Visto isso, pode-se definir controle de convencionalidade como sendo o juízo de adequação entre norma parâmetro, que no caso são os tratados, e a norma objeto, que são as normas do ordenamento jurídico interno de hierarquia inferior ao tratado. Saliente-se que os tratados sobre direitos humanos possuem, de plano, precedência sobre a legislação infraconstitucional¹³¹.

Ao se traçar um paralelo entre os pressupostos para a existência do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, tem-se que este se justifica, sobretudo, a partir da necessidade de tutela dos direitos humanos, da posição hierárquica superior dos tratados sobre direitos humanos em relação aos atos normativos do direito interno, do *pacta sunt servanda* e da existência de órgão jurisdicional responsável pela realização do juízo de adequação entre norma parâmetro e norma objeto, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A CRFB/88 tomou como alicerce para a instituição do sistema de direitos e garantias fundamentais os tratados sobre direitos humanos e, portanto, os valores constitucionalmente tutelados não se esgotam na literalidade da Lei Maior. A dignidade da pessoa humana, elencada no rol de fundamentos da República, confere maior abrangência ao controle de constitucionalidade.

131 *Idem, Ibidem*, p. 139.

Assim, tendo em vista que os tratados sobre direitos humanos ostentam ou *status* supralegal ou constitucional, importa dizer desde logo que, ambos servem de parâmetro para o controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais, como afirmado no parágrafo anterior. Todavia, somente aquele foi foram internalizados conforme o rito previsto no artigo 5º, §3º, da CRFB/88, serão, também, parâmetro de controle de constitucionalidade¹³². Esse é o posicionamento predominante no âmbito do STF.

Entretanto, o controle da observância de direitos e garantias não está restrito ao direito interno, vez que, ao serem internalizados os tratados sobre direitos humanos, estes são incorporados ao ordenamento jurídico do Estado. A prática de controle de convencionalidade das leis internas, inclusive, tem-se tornado cada vez mais recorrente com vistas a proporcionar maior efetividade aos direitos humanos positivados em tratados¹³³.

No mais, a dinâmica do controle de convencionalidade é semelhante à do controle de constitucionalidade em vários aspectos. Um deles é que o seu exercício não está circunscrito apenas à atividade jurisdicional, mas do controle político por órgãos dos Poderes Legislativo e Executivo. Um exemplo disso é o chamado efeito paralisante, segundo o qual a lei anterior e contrária ao disposto no tratado deve deixar de ser aplicada, bem como é vedada a edição de lei posterior que o contrarie¹³⁴.

Nesse sentido, os dois mecanismos de controle que podem ser exercidos com base nos tratados sobre direitos humanos, quais sejam, controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade. Eles contribuem para que seja realizado o duplo controle do ordenamento jurídico interno¹³⁵, com atuação dos órgãos jurisdicionais brasileiros e de entidades internacionais em defesa dos direitos humanos.

Acrescente-se que o controle de convencionalidade na esfera do SIDH não será exercido somente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros estão obrigados a fazer esse juízo de adequação vertical entre os tratados de direitos humanos e as normas internas¹³⁶. E como tratados de direitos humanos, ressalte-se, não se está

132 *Idem, Ibidem*, p. 139.

133 GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 32.2, 2012, p. 359-360.

134 SARLET, *Op. Cit.*, p. 141.

135 *Idem, Ibidem.*, p. 143.

136 NETTO, *Op. Cit.*, p. 73.

apenas a falar da CADH, mas ainda da interpretação dada aos dispositivos que a compõem¹³⁷ e dos demais tratados sobre direitos humanos dos quais o ente estatal é signatário. Nesse sentido:

o controle de convencionalidade permite que a Corte Interamericana interprete e aplique a Convenção por meio de um exame de confrontação com o direito interno, podendo este ser uma lei, um ato administrativo, jurisprudência, práticas administrativas e judiciais, e até mesmo a Constituição. É possível, portanto, que um Estado-parte seja condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a revogar leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno.¹³⁸

A intenção do controle é dar uma proteção ampla e eficaz à dignidade humana em face da atuação das autoridades públicas. E, portanto, o controle de convencionalidade deve estar acompanhado de outros critérios para decidir qual a norma a ser aplicada no caso concreto, vez que nem sempre o tratado traz disposições mais benéficas ao indivíduo, sujeito do direito. Nesse caso, a norma que deverá prevalecer, como já tratado anteriormente neste capítulo, é a mais favorável ao indivíduo, em conformidade do princípio *pro persona*¹³⁹.

E o compromisso de observar as determinações dos tratados também é compartilhado pelo Poder Legislativo de cada Estado, pois há o dever de adequar o ordenamento jurídico às disposições dos tratados¹⁴⁰. Essa questão é destacada no julgamento do caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009), a ser analisado ao final deste capítulo.

Como um dos pontos de partida para o surgimento do conceito de controle concentrado de convencionalidade no âmbito do SIDH, destaca-se o caso Barrios Altos vs. Peru (2001), no qual foram editadas diversas leis de anistia violadoras de direitos humanos, o que fez com que a Corte IDH entendesse que houve o descumprimento do dever do Estado-membro de adequar suas normas ao disposto na CADH¹⁴¹. Na hipótese, foram editadas leis que conferiam anistia a agentes do Estado que cometeram diversos assassinatos, ficando caracterizada a atuação deles como grupo de extermínio. Diante disso, a Corte IDH determinou que os fatos fossem apurados e que as vítimas

137 *Idem, Ibidem*, p. 72.

138 GUERRA, *Op. Cit.*, p. 361-362.

139 SARLET, *Op. Cit.*, p. 73-74.

140 GUERRA, *Op. Cit.*, p. 364.

141 LEGALE, Siddharta; PÊGAS, Lucas Tavares Pereira; SILVA, Ângela Vitória Andrade Gonçalves da. Barrios Altos vs Peru (2001): as origens do controle de convencionalidade. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

fossem indenizadas, sendo as leis de anistia incapazes de produzir os efeitos pretendidos devido à incompatibilidade com os direitos humanos defendidos pela CADH.¹⁴²

Por sua vez, o controle difuso de convencionalidade se faz presente no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (2006)¹⁴³ um exemplo da violação do dever de observação das normas de proteção dos direitos humanos pelos órgãos que integram o Estado-membro, sendo o descumprimento das normas previstas na CADH como uma violação autônoma desta, bem como da inobservância do dever de adequar o direito interno às disposições da CADH. Trata-se de hipótese em que foram verificadas diversas omissões relativas à investigação, julgamento e punição dos agentes estatais responsáveis pelo homicídio cometido contra o senhor Almonacid Arellano, ou seja, restou estabelecido que as autoridades chilenas violaram seu dever de agir ao inviabilizar o acesso à justiça.

Para além do controle de convencionalidade realizado por meio da função contenciosa da Corte IDH, tem-se que faz parte da função consultiva desta, também, o controle de convencionalidade das leis internas dos Estados-membros. Com efeito, é facultado à Comissão Interamericana solicitar à Corte que emita parecer acerca da compatibilidade entre as disposições da Convenção ou de outros tratados sobre direitos humanos ao qual esses Estados estejam submetidos e a legislação interna¹⁴⁴ do respectivo país. Ressalte-se que a interpretação dada ao tratado deve guardar correspondência com a realidade social do Estado-membro à época¹⁴⁵.

O caráter vinculante das opiniões consultivas da Corte IDH no que diz respeito a sua aptidão enquanto mecanismo de controle de convencionalidade não é entendimento pacífico. Na OC-14/94 restou estabelecido que haverá responsabilização do Estado-membro que aplicar lei manifestamente violatória da CADH. A parte da doutrina que pensa que as OCs podem ser empregadas como ferramentas do controle de convencionalidade utiliza-se do disposto na OC-14/94 como fundamento para o seu posicionamento, vez que, como a lei é considerada violadora e, portanto, sua aplicação

142 LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manoel. As “mutações convencionais” do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: BONILLA, Haideer Miranda; VAL, Eduardo Manoel. *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção* I. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 97.

143

144 PIOVESAN, *Op. Cit.*, p. 368.

145 *Idem, Ibidem*, p. 368.

gera responsabilização, não há porque pensar que, à luz do caso concreto, entendimento diverso será aplicado¹⁴⁶.

E, por fim, um conceito relevante neste estudo diz respeito ao estado de coisas inconvençãoal¹⁴⁷. O assunto guarda relação com a postura da Corte IDH acerca do tratamento de das condições enfrentadas pela população carcerária brasileira na tutela dos direitos humanos dessas minorias ao cobrar das autoridades brasileiras providências para reverter as diversas violações aos direitos humanos desses indivíduos.

As violações a direitos humanos da população carcerária brasileira foram verificadas não em instituições isoladas, mas como uma situação recorrente no país. Assim, há diversos casos que tramitaram na Corte IDH sobre isso, sendo o Brasil condenado em casos envolvendo a Casa de Detenção Mário Alves (Cárcere Urso Branco), a Penitenciária de Araraquara, a Penitenciária de Curado, a Penitenciária de Pedrinhas e o Instituto Plácido de Sá Carvalho a reverter a situação, inclusive em medida liminar. E, mais recentemente, alguns dos casos que foram objeto de processos nessa corte foram reunidos, tendo em vista o reconhecimento da submissão dos indivíduos a condições degradantes, com tratamento incompatível com o sistema de proteção dos direitos humanos, e foi determinado que o Estado brasileiro prestasse informações à Corte IDH.

Nesse sentido, realiza-se um paralelo entre o reconhecido em sede de liminar na ADPF nº 347 pelo Ministro Marco Aurélio, inspirado nos critérios apresentados pela Corte Constitucional Colombiana, segundo o qual, diante da situação de violação massiva a direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, de omissão persistente do Estado em solucionar o problema e de situação de “litígio estrutural”¹⁴⁸, bem como considerando a constatação da ofensa a direitos humanos pela jurisprudência da Corte IDH, é possível identificar, também, a existência de um estado de coisas inconvençãoal¹⁴⁹.

146 LEGALE, Siddharta; SILVA, Ângela Vitória Andrade Gonçalves da. Opinião consultiva nº 14/94 da Corte IDH: controle ou aferição de convencionalidade?. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/opiniao-consultiva-n-14-94-da-corte-idh-controle-ou-afericao-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

147 ARAÚJO, David Pereira de; LEGALE, Siddharta. O Estado de Coisas Inconvençãoal: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82.

148 *Idem*, *Ibidem*, p. 70-71.

149 ARAÚJO, David Pereira de; LEGALE, Siddharta. *O estado de coisas inconvençãoal e o “supercaso” brasileiro em matéria previdenciária*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvençãoal-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria/>>. Acesso em: 27 out. 2020.

Com isso, foram expostos ao longo deste capítulo os principais pontos para que seja compreendida a relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito brasileiro. A partir dessa perspectiva, verificamos que o ordenamento jurídico brasileiro prevê mecanismos importantes na promoção dos direitos humanos ao mesmo tempo em que o SIDH o faz sob a lógica do direito internacional.

Abre-se, então, espaço para conversações entre os diferentes sistemas com vistas a ampliar ao máximo a observância dos direitos positivados em suas normas, de sorte que sejam respeitadas a autonomia e racionalidade de cada um deles. Com a cooperação entre os diferentes sistemas, valores como isonomia e segurança jurídica poderão ser desenvolvidos no âmbito de todos os Estados integrantes do SIDH.

2.5. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)

Após essas análises, cabe apresentar um julgado da Corte IDH que trabalhe a questão de prisão em segunda instância.

O caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009) é um exemplo da atuação da Corte IDH na tutela dos direitos inerentes à liberdade dos indivíduos, bem como de proteção aos direitos de defesa do acusado no processo penal. Como se está a estudar a prisão em segunda instância sob a luz do direito brasileiro e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é importante analisar outros casos em que a Corte IDH julgou situações semelhantes.

A Comissão Interamericana (CIDH) apresentou o caso à Corte IDH em 31 de outubro de 2008, após a República Bolivariana da Venezuela ter ficado inerte diante das recomendações presentes no Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 31/08. O relatório foi aprovado em 17 de julho de 2008 e o Estado foi intimado em 31 de julho de 2008. Assim, justificado o encaminhamento do caso à Corte IDH.

Trata-se de hipótese na qual a CIDH levou à Corte IDH o caso em que Oscar Enrique Barreto Leiva, ex-Diretor Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República, foi condenado a 1 (um) ano e 2 (dois) meses de prisão pela Corte Suprema de Justiça da Venezuela, em virtude do cometimento de crimes contra o patrimônio público venezuelano.

A vítima alegou, em breve síntese, que foi intimada a ser ouvida como testemunha e não como indiciada e que, em virtude disso sofreu diversas violações a seus direitos, como será visto na sequência, além de ter sido presa preventivamente de forma desproporcional e infundada.

A primeira garantia que diz ter sido violada é a da prévia informação acerca dos fatos dos quais ele estaria sendo acusado, vez que sequer sabia que estava depondo como investigado. O senhor Barreto Leiva prestou declarações em três ocasiões, sendo que em duas a vítima não foi informada sobre em que qualidade prestaria esclarecimentos. Assim, não pode a vítima conhecer dos fatos dos quais estava sendo acusada à época a tempo de formular sua defesa.

Em contrapartida, o representante do Estado argumentou que, como o caso era público e notório, alvo de diversos debates no âmbito do Congresso Nacional, o indiciado teria conhecimento dos fatos dos quais estava sendo acusado. De acordo com esse raciocínio, a prestação de informações ao investigado seriam dispensáveis.

Diante dessas informações, a Corte Interamericana vislumbrou a burla às garantias consagradas no artigo 8.2.b da CADH, vez que a vítima tem o direito a conhecer desde o princípio e de forma oficial as acusações das quais está sendo investigada, o que não ocorreu no caso em estudo.

Colaborando para agravar a situação de cerceamento do direito de defesa, a CIDH ressaltou que a vítima também não teve tempo suficiente para formular sua defesa e acesso aos meios de defesa necessários. Como salientaram a CIDH e o senhor Barreto Leiva na figura de seu representante, a vítima não teve acesso ao conteúdo dos autos sob o fundamento de que a fase de investigação correria em sigilo. O Estado argumenta, ainda, que tudo ocorreu conforme as leis processuais penais então vigentes, que previam o mencionado sigilo durante o inquérito para garantir o curso das investigações.

A Corte IDH, tendo em vista que a restrição de acesso às informações ao inquérito não se encontrava plenamente justificada diante da ponderação entre direito de defesa e viabilização da investigação criminal, entendeu-se pela violação do artigo 8.2.c da CADH. Assim, o Estado deveria se utilizar de meios que permitissem o curso da investigação ao mesmo tempo em que fornece ao investigado os devidos meios de defesa. Além disso, por causa da incompatibilidade entre as

disposições da CADH e o Código de Processo Penal venezuelano, houve o descumprimento, também, do artigo 2º da CADH.

Outro direito ao qual se alega ter ocorrido violação é o de escolher defensor e de ser assistido por este, de modo a proporcionar ao acusado o direito de atuar ativamente em sua defesa. Essas violações ocorreram, também, durante o inquérito.

O Estado, por sua vez, respondeu que o direito a obter um defensor não foi violado, vez que o próprio Ministério Público ficou encarregado de defendê-lo, bem como de zelar pelo correto curso processual. Segundo essa linha de pensamento, a figura do *parquet* seria suficiente para realizar o direito de ter um defensor.

Ao discordar dos argumentos do Estado, a Corte IDH estabeleceu que o mesmo órgão que está encarregado de acusar não pode exercer a defesa do acusado, vez que seriam papéis antagônicos entre si e, portanto, incompatíveis. Desse modo, a vítima deveria ter sido assistida por defensor de sua escolha e, como isso não aconteceu, houve descumprimento do disposto no artigo 8.2.d da CADH.

Foi trazida, ainda, a informação segundo a qual teria sido objeto de cerceamento o direito a inquirir testemunhas e de obter seu comparecimento e o de peritos também. No entanto, essa hipótese não estava acompanhada de argumentos capazes de sustentar sua veracidade. Desse modo, a violação não foi demonstrada.

Levantada a questão da competência do Juízo sentenciante da causa do senhor Barreto Leiva, a CIDH e o representante deste relataram que a ordem jurídica venezuelana não regula a situação em que um indivíduo sem prerrogativa de foro é julgado por crime conexo ao de alguém sujeito ao foro especial. De acordo com essa visão, a Corte Suprema de Justiça seria incompetente para julgar os crimes do senhor Barreto Leiva.

Em sua defesa, o Estado elenca diversos dispositivos processuais que dispõem sobre o foro especial e sobre regras de conexão entre crimes, bem como apresentou julgado da própria Corte Suprema de Justiça na qual esta narra ser decorrente dos princípios de direito o julgamento de causas conexas pelo mesmo Juízo, de modo a não haver violação ao princípio do juiz natural.

Da mesma forma entendeu a Corte IDH, tendo em vista que é possível a aplicação de princípio geral do direito venezuelano que implica no deslocamento da competência para o foro especial em razão da conexão entre os crimes. Nesse contexto, em relação tão somente a esse argumento, não houve qualquer violação a garantias fundamentais.

Acerca do direito ao duplo grau de jurisdição, afirma a CIDH que, em decorrência do julgamento ter sido realizado pela Corte Suprema de Justiça, a vítima ficou impossibilitada de recorrer da sentença condenatória e, assim, teve violado seu direito. O Estado invoca julgados proferidos pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e pelo Comitê Europeu de Direitos Humanos, pois, segundo a Venezuela, caberia aos Estados-membros definir as situações em que haveria direito a recorrer e, em se tratando de hipótese de competência originária da Corte Suprema, o direito ao duplo grau de jurisdição seria dispensável.

A Corte IDH concluiu pelo descumprimento do artigo 8.2.h à luz dos artigos 1.1 e 2, todos da CADH, pois entendeu que a regra de conexão que determinou que a vítima fosse julgada em única instância, apesar de em conformidade com o SIDH, gerou violação à garantia do duplo grau de jurisdição.

Foi alegada a violação ao direito a ser julgado em tribunal imparcial, vez que a decisão condenatória teria sido resultado de pressões políticas exercidas no caso. No entanto, o Estado relata que não há evidências que sustentem tal argumento, sendo este reflexo do inconformismo do senhor Barreto Leiva com o resultado do julgamento. A Corte IDH seguiu por essa linha e entendeu pela ausência de violação ao direito a ser julgado por juiz imparcial, não tendo a vítima sido capaz de ferir a presunção de imparcialidade dos julgadores.

A CIDH e o representante da vítima, ainda, aduzem ausência de proteção desta durante o julgamento de seus crimes pela Corte Suprema, sem maiores detalhes acerca da razão da maior vulnerabilidade do senhor Barreto Leiva. A Corte IDH concluiu, no entanto, que não ocorreu violação ao artigo 25.1 da CADH, mas apenas ao artigo 8.2.h desta, nos termos do ressaltado quando foi tratada da questão da ausência de recorribilidade da sentença condenatória.

A Venezuela argumentou que não poderia sofrer qualquer sanção pelo cumprimento do disposto na sua legislação processual penal, que ainda não teria sido adaptada às disposições da CADH. Restou destacado, portanto, a incompatibilidade entre diversos dispositivos do ordenamento

jurídico interno da Venezuela e a CADH, quando a Venezuela já fazia parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos havia vários anos. Dito isso, a Corte IDH entendeu que o Legislativo da Venezuela teve tempo suficiente para adequar as normas pátrias à CADH e, assim, o alegado pelo Estado não merecia ser acolhido.

O senhor Barreto Leiva, no curso das investigações, foi preso provisoriamente, prisão essa que duraria mais do que a pena cominada em definitivo. Desse modo, teceu várias considerações acerca da ilegalidade no que se refere ao cerceamento da sua liberdade.

Sobre o preenchimento dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, a CIDH sustentou que estes não estavam presentes em sua integralidade. Isso porque, de acordo com o entendimento da Corte IDH, a prisão preventiva deve estar respaldada em dois pressupostos essenciais, quais sejam, fortes indícios da autoria da conduta criminosa investigada e risco de interferência do investigado no resultado das investigações, impedindo o desenrolar da justiça.

Por sua vez, o Código de Processo Penal venezuelano não estabelece como requisito a ameaça ao curso do processo ou à administração da justiça, e, assim, a Corte Suprema de Justiça determinou a prisão preventiva do senhor Barreto Leiva com base apenas nos fortes indícios de materialidade e autoria do crime.

O órgão jurisdicional internacional decidiu que houve violação ao direito a não ser submetido a prisão arbitrária, presente no artigo 7.3 da CADH, vez que a prisão preventiva não foi devidamente justificada pelo Estado-membro. Em consequência disso, foi descumprido, também, o direito do senhor Barreto Leiva à liberdade pessoal, nos termos do artigo 7.1 da CADH, além de violar o artigo 2 da CADH pela não adequação entre o texto da Convenção e o ordenamento jurídico venezuelano.

Outra questão que foi objeto de análise da Corte IDH é o suposto excesso na duração da prisão preventiva decretada em face do senhor Barreto Leiva, que superou a pena imposta ao final do processo penal. Conforme alegaram a CIDH e o representante da vítima, essa medida desproporcional violaria, ainda, a presunção de inocência garantida aos acusados de crimes.

A Corte IDH conclui que ocorreu a violação à duração razoável da medida cautelar, vez que esta excedeu a pena e deixou de lado a proporcionalidade, nos termos dos artigos 7.5 e 8.2 da

CADH. Como consequência disso, também houve violação à garantia da liberdade pessoal, consagrada no artigo 7.1 da CADH. Com efeito, a medida cautelar não observou a necessidade de sua imposição em virtude da ausência do pressuposto do risco ao resultado do processo penal ou à ação da justiça, como constatado anteriormente, e, tampouco, respeitou a razoabilidade temporal da medida, pois chegou a ultrapassar o prazo da pena em definitivo em 16 (dezesesseis) dias.

Feitas essas considerações acerca das alegações das partes e das conclusões a que chegou a Corte Interamericana, parte-se agora para a análise das determinações desse órgão jurisdicional a título de reparação ao senhor Barreto Leiva, compreendido como a parte lesada da relação.

A primeira resolução da Corte IDH é que o Estado proporcione à vítima a oportunidade de recorrer da decisão penal condenatória. Mesmo já tendo cumprido a pena determinada pela Corte Suprema de Justiça, assiste ao senhor Barreto Leiva a faculdade de apresentar recurso, devendo os julgadores o receberem e decidirem conforme o direito vigente. É ressaltado que à Corte IDH não compete determinar o resultado do julgamento do acusado, mas apenas que seja dada a chance de obter a revisão dos termos da decisão condenatória.

Outra providência a ser tomada pelo Estado é a adequação da sua legislação interna às disposições da CADH, especificamente no que se refere ao direito de todos os acusados na esfera penal de recorrerem das decisões condenatórias, ainda que sujeitos ao foro especial. Sobre as demais violações apontadas relativas a inadequação das normas internas venezuelanas à CADH, resta ressaltado que as normas aplicadas à época do julgamento do senhor Barreto Leiva já restavam alteradas e compatíveis com a CADH.

A Corte IDH estabelece, ainda, que o Estado tem o dever de publicar partes específicas da sentença por ela proferida em 2009. Essa publicação deverá ser feita no Diário Oficial e em jornal de grande circulação em âmbito nacional.

Por fim, ao Estado é determinado que pague indenização a título de reparação por danos imateriais causados à vítima, no valor de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares). Em relação aos gastos despendidos pela parte no curso da ação que tramitou na Corte IDH, fica o Estado condenado ao pagamento de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). Esses pagamentos devem ser feitos diretamente à vítima e no prazo máximo de 1 (um) ano a contar da ciência da sentença.

CAPÍTULO 3. ESTUDO DE CASOS ACERCA DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Ao longo dos dois últimos capítulos, foi estabelecido que a tendência global vai no sentido da construção de um maior diálogo de cortes com a finalidade de produzir decisões mais isonômicas e com uma racionalidade ampliada, mantendo-se a autonomia dos diversos sistemas existentes e permitindo maior grau de adequação das decisões feitas com a realidade internacional e local. Foi visto, também, o papel dos órgãos jurisdicionais na proposta de obter maior cooperação no plano regional e global entre os sujeitos de direito internacional.

Foi visto, ainda, de que forma está estruturado o SIDH, bem como quais as regras de interpretação de tratados de direitos humanos devem ser aplicadas e suas particularidades, sobretudo aqueles presentes na CVDT, na CADH e os que integram os princípios gerais do direito internacional. No plano interno, por sua vez, verificou-se o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro aos tratados sobre direitos humanos e seus reflexos, tais como o dever de realização do controle de convencionalidade pelos órgãos jurisdicionais internacionais e pelas autoridades internas do país.

A partir disso, passa-se a analisar diversos julgados que dizem respeito à garantia da presunção de inocência, questionando quais os fundamentos utilizados pelo STF para justificar seus posicionamentos e de que forma o órgão relaciona suas decisões com as experiências jurídicas externas.

Para atingir esse objetivo, será analisada a jurisprudência mais recente do STF acerca da possibilidade da prisão após condenação em segunda instância.

3.1. Habeas Corpus nº 84.078 (2009)

Como dito anteriormente, serão estudados os principais julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal acerca da relação entre a possibilidade de execução provisória da pena enquanto ainda pendentes recursos extraordinários e a presunção de inocência positivada no artigo 5º, LVII, da CRFB/88¹⁵⁰, sob as lentes do direito constitucional e direito internacional dos direitos humanos.

150 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esse tema é objeto de debate no STF há décadas e o entendimento anterior ao estudado neste julgado ia no sentido de autorizar a execução provisória da pena. No entanto, no presente caso, os Ministros entenderam por revisitar a questão.

O HC nº 84.078, julgado em 05 de fevereiro de 2009 e publicado em 26 de fevereiro de 2010, sob a relatoria do Ministro Eros Grau e em face de decisão do STJ que denegou a segurança de outro *habeas corpus* acerca da mesma matéria, trata de hipótese na qual o impetrante, acusado de tentativa de homicídio qualificado e condenado em 2ª instância por esse crime, requer seja posto em liberdade, uma vez que os argumentos utilizados para justificar a sua prisão cautelar seriam inidôneos para justificar tal medida.

A mencionada prisão preventiva foi requerida pelo Ministério Público sob o fundamento de que o impetrante, produtor de leite no estado de Minas Gerais, estaria se desfazendo de seu patrimônio ligado à atividade econômica, e, por isso, existiriam fortes indícios de que o acusado pretendia evadir-se para evitar a sua prisão em definitivo.

Com o fito de uniformizar a jurisprudência do Tribunal em definitivo, decidiu-se por levar a questão ao Plenário.

Inicialmente, resta estabelecido que, ao contrário do que alega o impetrante, a questão diz respeito não às condições para a decretação da prisão preventiva, mas à possibilidade de execução provisória da condenação penal quando pendente o julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial. A jurisprudência até então predominante não apresentava óbice à mencionada execução enquanto pendente apenas recurso sem efeito suspensivo.

Como ponto de partida, foi analisado o conteúdo da Lei Maior brasileira e de alguns diplomas legais que versam sobre as diversas formas de prisão autorizadas pelo ordenamento jurídico pátrio, tais como o Código de Processo Penal e a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que evidenciam que o critério utilizado para autorizar a execução da pena é o trânsito em julgado da ação. Dessa forma, a pendência somente de recurso sem efeito suspensivo não seria capaz de ensejar a execução provisória da sentença penal condenatória.

O artigo 5º, LVII, da CRFB/88, conforme indicado anteriormente, estabelece como direito fundamental a presunção de inocência, segundo a qual o acusado só será considerado culpado após

o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse dispositivo vai ao encontro do assentado na Lei de Execução Penal, que condiciona a execução tanto da pena privativa de liberdade quanto das medidas restritivas de direitos em definitivo somente com o trânsito em julgado da sentença¹⁵¹.

Assim, pela interpretação do mencionado dispositivo constitucional, tem-se que, como, logicamente, não há como dissociar a ideia de culpa da aplicação da pena privativa de liberdade e estando esta condicionada ao trânsito em julgado, o entendimento pelo qual poderia ser promovida a execução provisória da pena privativa de liberdade cai por terra, segundo os Ministros que votaram pela concessão da liberdade ao imperante. Sob essa luz, as únicas prisões autorizadas sem o trânsito em julgado são a prisão em flagrante, cautelar e temporária, quando atendidos os requisitos legais.

A fundamentação apresentada no voto do Ministro Relator Eros Grau dispõe, ainda, que, a despeito da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, o exercício do princípio constitucional da ampla defesa¹⁵² abrange todo o processo e deve ser observado.

E, ao se realizar uma interpretação integrada do artigo 5º, LVII, da CRFB/88, com os artigos 105 e 147 da Lei de Execução Penal, essa compreensão é reforçada, uma vez que, se no caso das penas restritivas de direitos não é possível executar a medida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tampouco isso seria permitido quando se está a lidar com pena privativa de liberdade, eis que nesta a natureza da intervenção estatal é muito mais gravosa ao indivíduo.

Outro argumento utilizado para reforçar esse ponto discorre sobre a evolução dos direitos humanos e na mudança de paradigma do processo penal na busca por uma postura menos autoritária e mais favorável ao acusado, que encontra como corolário o princípio da presunção de inocência. E, tendo em vista que essa garantia possui estreita relação com o valor da dignidade humana, a execução antecipada da pena implicaria violação a direitos humanos, que, no caso, também são considerados direitos fundamentais.

151 “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” e “Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”.

152 Art. 5º, LV, CRFB/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em contraponto a essa visão, alguns Ministros sustentaram que a presunção de inocência deverá ser lida à luz da operacionalidade do direito penal. Como restou demonstrado na prática do direito brasileiro, o manejo dos vários recursos que estão à disposição das partes pode prolongar o lapso temporal entre o ajuizamento da ação e seu trânsito em julgado, o que poderia gerar uma sensação de impunidade entre aqueles que praticaram delitos. Dessa forma, a execução da pena antes do trânsito em julgado seria uma maneira de compensar esse fator tempo e possibilitar a aplicação efetiva da lei penal.

O Ministro Joaquim Barbosa, inclusive, observa em seu voto que exigir o esgotamento de todas as instâncias para a aplicação da pena seria tornar sem efeito as decisões proferidas pelos magistrados, que detêm competência para analisar e julgar a questão adequadamente. Ele destaca, ainda, que a adoção da literalidade do artigo 5º, LVII, da CRFB/88, poderá sobrecarregar os órgãos jurisdicionais de cúpula que julgam os recursos de natureza extraordinária.

Afirma-se, ainda, que a prisão após condenação em segunda instância está justificada pela impossibilidade de discussão do acervo fático-probatório na via recursal extraordinária, mas apenas de matéria de direito. Portanto, o trânsito em julgado dos fatos ocorreria com o esgotamento dos recursos ordinários, o que possibilitaria a execução da pena privativa de liberdade enquanto pendente recursos de natureza extraordinária.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em conformidade com as normas infraconstitucionais, uma vez que esta parece indicar a possibilidade de execução provisória da pena. Isso se deve ao fato de que tanto o recurso extraordinário quanto o recurso especial não são dotados de efeito suspensivo, bem como pelas outras ferramentas existentes no direito nacional que permitiriam a reforma de decisões arbitrárias ou nulas. Um desses mecanismos seria o *habeas corpus*.

Por outro lado, o acolhimento dessa linha de raciocínio levaria à supressão de uma garantia constitucional em nome da eficiência do sistema penal, fato esse que não parece ser justificável à luz da Constituição federal e do SIDH.

E, aos que entendem pela interpretação histórica do texto constitucional, considerando a necessidade de proteção do indivíduo em face das arbitrariedades praticadas ao longo dos séculos

pelo Estado, o casuísmo não pode prevalecer sobre direito fundamental, mesmo com a sensação de impunidade que vigoraria em sociedades como a brasileira.

Logo, parece que esse pensamento não encontra força argumentativa suficiente para prevalecer, assim como a ausência de efeito suspensivo a alguns recursos não deveria ser um fator determinante quando confrontada com o preceito constitucional presente no artigo 5º, LVII, da CRFB/88.

O Ministro Menezes Direito, em voto em que posiciona-se no sentido de admitir a prisão antes do julgamento dos recursos extraordinários, afirma que a CADH não exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena, bastando o respeito à garantia de que a questão seja analisada em segunda instância.

E o Ministro Joaquim Barbosa sustenta que o mencionado tratado também não estabelece direito a um triplo grau de jurisdição, mas somente a um duplo, que ocorre com o julgamento da apelação criminal. Portanto, de acordo com esses juristas, seria possível a flexibilização do disposto no artigo 5º, LVII, da CRFB/88.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie observa que a CADH tampouco estipula que o acusado deverá estar em liberdade enquanto aguarda o julgamento dos recursos após a prolação da sentença condenatória.

Outro ponto destacado no voto proferido pelo Ministro Menezes Direito é a natureza principiológica da presunção de inocência na Constituição brasileira, vez que, tendo em vista que os princípios comportam o exercício da ponderação e aplicação em diferentes níveis de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o princípio da presunção de inocência deveria seguir pelo mesmo caminho e ser aplicado de acordo com as peculiaridades da hipótese.

Na defesa de sua posição, o Ministro também sustenta que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não é novidade no direito brasileiro, tendo em vista que são admitidas as prisões cautelares. Assim, a ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários somada às funções preventivas e punitivas da pena, relevantes para a proteção da sociedade em face dos criminosos, entendeu o Ministro Menezes Direito pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade no direito brasileiro.

A esse respeito, a Ministra Ellen Gracie reforça esses argumentos ao afirmar que a natureza da prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória não possui natureza jurídica de antecipação de cumprimento da pena, mas de prisão provisória decorrente de condenação em 2ª instância, tendo em vista que o indivíduo seria alocado em estabelecimento diverso do destinado aos presos em definitivo enquanto aguarda o julgamento dos recursos interpostos.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, sustenta que a prisão cautelar e a prisão em definitivo são institutos distintos, pois a primeira não tem como fim a sanção, mas o resguardo do curso do processo penal, tanto que é medida excepcional, demandando a apresentação de sólida justificativa. Observa, ainda, que o acusado da prática de crime é sujeito de direitos, devendo ser a presunção de inocência que milita em seu favor respeitada.

Para além dos argumentos jurídicos, o Ministro Carlos Britto discorreu em seu voto a respeito dos efeitos da aplicação da pena e do processo penal na vida do réu. São impactos em várias esferas da vida do indivíduo, tais como no seu ciclo social e profissional, no qual enfrentará o estigma que advém da aplicação da lei penal, bem como os reflexos gerados na renda e do rompimento do núcleo familiar do preso. Há também a questão da influência negativa da prisão na honra objetiva e subjetiva da pessoa, dentre outros efeitos graves, que não se resumem na perda da liberdade. Sob esse prisma, também, o indivíduo deveria ser protegido do poder de punir estatal.

A fim de reforçar a necessidade de não se relativizar a garantia fundamental da presunção de inocência, o Ministro Marco Aurélio observa que, ao contrário do que ocorre nos outros ramos do direito, a condenação penal gera restrição ao direito à liberdade, motivo pelo qual é impossível o retorno ao *status quo* anterior à decretação da prisão. E essa questão foi pensada também pelo legislador infraconstitucional, pois prevê que as prisões cautelares terão caráter excepcional e deverão ser motivadas.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória configuraria afronta à presunção de inocência e à dignidade humana, assim como mostra-se uma medida desproporcional, pois seria desnecessária diante da existência do instituto da prisão provisória.

O STF, por maioria de votos, decidiu por deferir o *habeas corpus*, consagrando o entendimento segundo o qual não cabe no direito brasileiro a execução provisória da sentença penal condenatória.

3.2. Habeas Corpus nº 126.292 (2016)

O posicionamento firmado em 2009 HC nº 84.078, no entanto, foi objeto de nova análise pelo STF, que culminou na sua revisão no sentido de admitir a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, mesmo que ainda pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário.

O *habeas corpus*, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, trata de hipótese na qual o paciente, condenado pela prática de roubo majorado a 5 anos e 4 meses de prisão, teve determinada a expedição de mandado de prisão contra si após o julgamento da apelação interposta por sua defesa. Assim, impetrou *habeas corpus* no STJ, que restou indeferido.

O impetrante alega, em breve síntese, que não há fundamentos suficientes para justificar sequer a decretação de prisão preventiva no seu caso e que, tampouco, estaria autorizada a prisão em definitivo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme entendimento estabelecido pelo STF.

O ponto de partida da fundamentação dos votos de vários Ministros está na ponderação entre dois principais fatores. O primeiro deles é a fixação da abrangência do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, como alguns preferem chamá-lo, que deve ser compatibilizado com o segundo fator, que é a efetividade do sistema de jurisdição penal.

Os Ministros que entendem pela flexibilização do significado da presunção de inocência no direito brasileiro sustentam que esta, ao longo do processo penal, sofre diversas mitigações, na medida em que são produzidas provas concretas da culpa do acusado em relação ao delito objeto da ação. Nessa linha de raciocínio, é nas instâncias ordinárias que a culpa do réu é fixada, pois é nelas que é exaurida a discussão acerca dos fatos e provas, decidindo o magistrado ou não pela responsabilidade criminal do réu.

Dito noutras palavras, com o esgotamento das instâncias ordinárias, também há o esgotamento do debate acerca do acervo fático probatório, relativizando ao máximo a noção de não culpabilidade do acusado, pois seria contraditório condenar alguém sem considerá-lo culpado.

E, como os recursos especial e extraordinário não têm por objeto a análise de fundamentos de fato, mas somente de direito, não sendo admitida nova discussão acerca das provas, conforme Enunciado nº 279 da Súmula do STF, a análise da culpabilidade do réu já estaria consolidada. Portanto, a execução provisória da pena após condenação em segunda instância não violaria o disposto no artigo 5º, LVII, da CRFB/88.

Essa flexibilização do previsto no mencionado dispositivo constitucional estaria amparada pela sua natureza principiológica. Como consequência, a presunção de inocência comportaria ponderação de acordo com o caso concreto e, por vezes, pendendo espaço para outros valores constitucionais como a efetividade do sistema penal.

Como principal suporte infraconstitucional para o entendimento de que o direito à liberdade pode ser sobreposto pelo interesse da sociedade, o Ministro Luís Roberto Barroso aponta o artigo 312 do CPP, segundo o qual a prisão preventiva poderá ser decretada pela conveniência da instrução criminal, para a garantia da aplicação da lei penal e para a garantia das ordens pública e econômica. Para ele, assegurar a efetividade do sistema penal seria equivalente a garantir a ordem pública.

No entanto, esse argumento parece misturar os institutos da prisão preventiva com a prisão como sanção, vez que essas modalidades de prisão supramencionadas não se confundem com a aplicação da pena por não possuírem como finalidade punir o indivíduo, mas somente garantir a observância de outros valores socialmente relevantes.

O Ministro Teori Zavascki chama a atenção para o entendimento de acordo com o qual o princípio da presunção de inocência poderia ser relativizado como exposto nos parágrafos anteriores, desde que não atingisse seu núcleo essencial. Entretanto, para ele, a antecipação da execução da pena não estaria incluída neste, vez que bastaria o tratamento como inocente no curso do processo penal até a condenação em segunda instância.

Ao corroborar essa visão, o Ministro Luís Roberto Barroso expressa que, pela redação do artigo 5º, LVII, da CRFB/88, não há a vedação à prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto este condicionaria apenas o juízo de culpabilidade do indivíduo. Assim, o pressuposto para a decretação da prisão seria a decisão judicial fundamentada, tanto que o ordenamento jurídico traz a possibilidade de decretação de prisão preventiva, temporária e em flagrante, seja na fase pré-processual ou no curso do processo.

Para além disso, o relator faz um comparativo entre o direito de diversos países, indicando que em nenhum destes há a exigência de o condenado aguardar o julgamento de recursos para além do duplo grau de jurisdição em liberdade. O Ministro Gilmar Mendes reforça essa afirmativa e acrescenta que tampouco todos os tratados sobre direitos humanos contemplam essa garantia.

Outro argumento favorável à execução provisória da pena empregado nos votos dos Ministros é a questão do reduzido percentual de recursos especiais e extraordinários que são conhecidos e providos no sentido de reconhecer o afastamento da aplicação da pena.

Somado ao argumento anterior, tem-se que o entendimento de que a prisão só poderá ser realizada com o trânsito em julgado gera a interposição de recursos com o intuito protelatório. São recursos que visam, sobretudo, a caracterização da prescrição da pretensão de punir estatal, vez que a interrupção do prazo prescricional só ocorre com a publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis, na forma do artigo 117, IV, do CP.

O Ministro Luiz Fux observa que o trânsito em julgado, consistente na imutabilidade da decisão proferida, pode ser decomposta em etapas, nas quais haveria o trânsito em julgado dos fatos e provas com a decisão pelo magistrado de segunda instância, enquanto as questões atreladas à legalidade e à constitucionalidade transitariam em julgado posteriormente.

Aos fatores anteriormente expostos acrescenta-se o problema da efetividade do sistema penal brasileiro, tendo em vista que esse movimento protelatório que objetiva a não aplicação da pena em definitivo afasta o principal efeito da sentença penal condenatória, aumentando a sensação de impunidade em relação à prática de condutas criminosas.

Ao lado da sensação de impunidade gerada, há o reforço do problema da seletividade do sistema penal brasileiro. São as classes sociais mais abastadas, que normalmente praticam crimes de

colarinho branco, as que possuem mais acesso a bons advogados e, portanto, podem recorrer até as últimas instâncias.

Como consequência desses elementos, afirma-se, ainda, que a exigência do trânsito em julgado para a execução da pena não encontra mais aceitação na sociedade, como salientado no voto do Ministro Luiz Fux.

O Ministro Edson Fachin observa que a compreensão do princípio da presunção de inocência deve ser lido e interpretado de acordo com outros valores constitucionais relevantes, como a duração razoável do processo, a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri e, sobretudo, as disposições constitucionais acerca dos recursos especial e extraordinário, que ressaltam seu caráter excepcional e de preservação da ordem legal e constitucional. Para ele, também não há contradição entre a inexistência de culpa e execução da pena, tendo em vista que a própria Constituição federal estabelece que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo.

É observado, finalmente, que existem mecanismos para impedir a arbitrariedade da execução provisória da pena, tais como o manejo do *habeas corpus* e a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários.

Em oposição a esse último argumento, coloca-se que a fim de atender o interesse da sociedade, quando presentes os pressupostos, existem as prisões cautelares, que não constituem antecipação da pena. São medidas excepcionais que devem ser amplamente justificadas para produzirem efeitos regularmente e que não violam o princípio da presunção de inocência, pois não têm como pressuposto a culpa do acusado, mas a necessidade de tutelar bem jurídico pertencente à coletividade.

Por sua vez, aqueles que votaram pela manutenção do entendimento até então vigente, além de prezar pela estabilidade das relações jurídicas, sustentam que os problemas de efetividade e seletividade do sistema jurisdicional penal brasileiro devem ser resolvidos utilizando-se outras estratégias, sob pena de esvaziar a garantia constitucional.

Conforme explica o Ministro Celso de Mello em seu voto, a presunção de inocência é uma garantia que resultou de um processo de mudança de paradigma do processo penal, de modo a promover a dignidade humana em face do poder de punir. Assim, o alcance dessa norma não

poderia ser reduzido, pois a aplicação de sanções não autorizadas pela Lei Maior violaria os valores democráticos consagrados na ordem atual. A supremacia da Constituição deve ser preservada.

Destaca o Ministro Marco Aurélio o papel contramajoritário das garantias constitucionais perante as forças sociais, no sentido de impedir que haja sua excessiva flexibilização ou inaplicabilidade diante de contextos de crise. No entendimento do Ministro, não há como interpretar um dispositivo que é claro e preciso, como o é o artigo 5º, LVII, da CRFB/88.

Ainda nessa linha, sustenta que a execução provisória da pena não atenderia ao pressuposto principal desse procedimento, que é a possibilidade de retorno ao *status quo* anterior. Ao se fazer um paralelo com a execução na esfera cível, nesta há uma série de mecanismos para garantir que a obrigação possa ser revertida se for o caso, o que não é possível no campo penal. É evidente que a liberdade uma vez retirada não pode ser restituída.

Sobre a comparação entre o sistema penal de outros países, observa-se que é descabida, vez que no direito estrangeiro não há equivalente previsão constitucional desse princípio como no direito brasileiro. O texto constitucional brasileiro, por proporcionar maior proteção ao indivíduo, deve ter a literalidade de sua redação respeitada.

Ao deixar de lado os mandamentos constitucionais sobre a matéria, o Ministro Celso de Mello esclareceu que a legislação infraconstitucional, mais especificamente nos artigos 105¹⁵³ e 147¹⁵⁴ da Lei de Execução Penal, não prevê a execução provisória, pois estabelece que tanto a execução de pena privativa de liberdade quanto a de medida restritiva de direitos só poderá ocorrer após o trânsito em julgado a sentença penal condenatória.

Ao final, o entendimento foi, mais uma vez, modificado para aceitar a execução provisória da pena.

3.3. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 (2019)

153“Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

154“Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

O entendimento do STF acerca da matéria ora debatida, como possível notar, foi alterado ao longo dos últimos dez anos, sendo o último julgado a respeito do assunto o das ADCs 43, 44 e 54. Propostas por dois partidos políticos com representação no Congresso Nacional, quais sejam, Partido Comunista do Brasil e o então denominado Partido Ecológico Nacional (Patriota), e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as ações foram apreciadas e julgadas em conjunto no ano de 2019.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade foram ajuizadas para que fosse reconhecida a constitucionalidade do disposto no artigo 283¹⁵⁵ do Código de Processo Penal, de modo a obter uma definição com eficácia *erga omnes* acerca possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância.

O Ministro Relator Marco Aurélio inicia seu voto com a observação segundo a qual o artigo 5º, LVII, da CRFB/88, não dá margem para a interpretação restritiva da garantia, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena, já que a aplicação da pena pressupõe a existência da culpa.

Afirma-se, ainda, que as situações que permitem a prisão antes do trânsito em julgado estão previstas no artigo 312 do CPP e não implicam na antecipação da pena, pois as prisões cautelares possuem finalidade diversa, como observado ao longo deste capítulo, devendo ser aplicadas em caráter excepcional.

O Ministro Dias Toffoli acrescenta que a prisão enquanto sanção diverge das demais também porque exige a presença de culpa para ocorrer, culpa esta que não pode ser presumida após julgamento em segunda instância. As instâncias superiores, conforme ressaltado, exercem um papel de garantir a regularidade do processo e da sanção aplicada, não sendo suas funções menos importantes do que as das instâncias ordinárias na efetivação da justiça.

O jurista observa, também, que há maneiras eficientes de se coibir o abuso do direito de recorrer com o intuito protelatório, como a determinação de que seja dada baixa aos autos mesmo sem a publicação da decisão.

155“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

O artigo 283 do CPP, cuja constitucionalidade é objeto das ações de controle estudadas, reproduz fielmente o princípio da presunção de inocência estampado no texto constitucional. E a consequência da confirmação de sua constitucionalidade teria como resultado o reconhecimento da impossibilidade da execução provisória da pena, assunto que foi debatido nas ações examinadas ao longo deste capítulo. Assim, a constitucionalidade do mencionado artigo legal seria evidente.

É realizada uma comparação entre a execução provisória no direito civil, que tem como requisito a prestação de caução ou a possibilidade de reversão da medida, e a execução provisória da pena. Chegou-se à conclusão de que, ao contrário da primeira, na execução da pena não há como garantia um retorno ao *status quo ante*, o que por si só é suficiente para tornar essa prática ao menos não recomendada, mesmo que não existisse vedação expressa no ordenamento jurídico.

Outro ponto explicitado pelo Ministro relator é o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional que vigora no país sobretudo quando se está a tratar do sistema carcerário brasileiro, no qual são verificadas diversas violações a direitos e garantias fundamentais. Na ADPF nº 347 restou estabelecido o grande número de presos provisoriamente no Brasil como consequência da falta de respeito ao princípio da não-culpabilidade. E por isso, nessa linha de raciocínio, seria importante que o princípio da presunção de inocência fosse reformulado ao invés de relativizado.

De outro modo, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que o princípio da presunção de inocência comporta uma interpretação diversa, justamente em razão da sua natureza de princípio, adequando-se à realidade social brasileira e às suas necessidades. Há uma desvinculação entre a culpa e a aplicação da pena, pois aquela não seria mais pressuposto desta.

Em oposição a esse argumento, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que, justamente por estar atento à realidade de problemas de acesso à justiça, do cumprimento das normas processuais e das desigualdades sociais ainda presentes no contexto brasileiro, foi que o Constituinte decidiu por inserir a presunção de inocência com a redação do artigo 5º, LVII, da CRFB/88.

O Ministro Alexandre de Moraes, por outro lado, salienta que impedir a exequibilidade da decisão condenatória em segunda instância seria negar que o processo se deu de acordo com os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. O que se tem em vista é que a avaliação sobre os fatos e provas se exaurem nos recursos ordinários, de modo que, pela

efetividade da sistema penal, a execução provisória seria necessária para não tratar as instâncias ordinárias em meros juízos de passagem sem qualquer tipo de eficácia em suas decisões.

Nesse cenário, a efetividade do sistema penal seria um valor relevante o suficiente para ensejar a relativização da exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se desse início à execução da pena num juízo de ponderação entre esses valores. O Ministro Luís Roberto Barroso levanta, também, as questões que ele já havia destacado quando do julgamento do HC nº 126.292/2016 para justificar sua posição, como o baixo percentual de recursos extraordinários e especiais conhecidos e providos.

Outras vantagens da adoção desse entendimento apontadas pelo jurista são a menor seletividade do sistema criminal, pois réus com condições de pagar bons advogados que, ao contrário do que ocorre com os menos privilegiados, recorreriam até que o crime estivesse prescrito, cumpririam suas respectivas penas, bem como a sensação de impunidade entre os criminosos seria reduzida.

Além desses fatores, depois que foi firmado o entendimento de que seria admitida a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, dados indicariam um aumento reduzido no número de encarcerados, com diminuição da quantidade de presos provisoriamente.

Portanto, o artigo 283 do CPP seria constitucional, mas deveria ser interpretado conforme a Constituição, ou seja, dissociando o cumprimento da pena da existência de culpa. E, inclusive, o fato de não haver rediscussão dos fatos e da matéria probatória nos recursos especial e extraordinário, tendo sua análise se exaurido após condenação em segunda instância, autorizaria a execução provisória da pena. Nessa fase processual, não caberia mais discutir a culpa do condenado.

Assim como no julgamento do HC nº 126.292/2016, é destacada a ausência de semelhante previsão noutros sistemas jurídicos, como o Alemão, o Francês e o Inglês. Para além dos Estados, sustenta-se que os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos também não exigem o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena.

É destacada, ainda, a necessidade de se manter o entendimento do julgado anterior tendo em vista o princípio da segurança jurídica. A Ministra Rosa Weber salienta que motivos meramente

relacionados ao contexto social e político não podem ensejar a mudança por diversas vezes do entendimento da Corte Suprema, razão pela qual em 2016 foi voto vencido no julgamento do HC nº 126.292/2016.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello inicia a sua fala tratando da importância da atuação ética e isenta de influências externas que possam macular o exercício da função pública nas diversas esferas de poder. O para o STF isso significa defender a Constituição, o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais. Na sua visão, o texto constitucional deve ser preservado a despeito dos interesses políticos vigentes e dos fatos e circunstâncias que poderiam levar a uma ação oposta à prevista na Lei Maior.

Assim, no entender do Ministro Celso de Mello, permitir a execução provisória da pena seria perder de vista o papel que o STF enquanto corte constitucional tem perante o Estado Democrático de Direito, qual seja, o de fazer cumprir as garantias fundamentais em face do arbítrio das foras políticas, sociais e econômicas.

Mais especificamente sobre o processo penal como uma garantia, tem-se que ele constitui um limite ao poder de punir estatal. Dito noutras palavras, são as regras processuais penais, nas quais a presunção de inocência se encaixa, que equilibram a relação entre o poder punitivo do Estado e o direito de liberdade dos indivíduos. Para a Ministra Rosa Weber, a interpretação feita por aqueles que entendem pela admissibilidade da execução provisória da pena é feita de modo a esvaziar a eficácia da garantia fundamental, afinal, a prisão pressupõe a culpa.

Em oposição ao argumento segundo o qual a execução provisória seria possível porque o debate acerca das provas e dos fatos teria sido exaurido, o Ministro Celso de Mello aponta que a presunção de inocência possui diversas nuances: norma de tratamento; norma probatória; e norma de juízo. Enquanto a questão da reapreciação de fatos e provas está na esfera da norma probatória, a presunção de inocência tutelada pelo artigo 5º, LVII, da CRFB/88, diz respeito ao aspecto da norma de tratamento. Logo, prender alguém antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória é aplicar a pena com base em uma presunção de culpabilidade do réu, o que não é admitido de forma alguma.

E acrescenta, ainda, que a falta de efetividade do sistema criminal brasileiro não pode ser atribuído à presunção de inocência. A solução para esse problema está na reformulação do sistema

processual penal brasileiro, que é atribuição do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário. O Ministro Ricardo Lewandowski, inclusive, aponta diversos problemas sociais, como desemprego, exclusão social, prestação deficiente dos serviços de saúde e de educação, que, uma vez solucionados, seriam eficazes no combate à prática de crimes.

O Ministro Celso de Mello chama a atenção para a CADH e para as normas de direito internacional, que possuem *status* constitucional ou supralegal no ordenamento jurídico brasileiro. Observa que, em caso de conflito entre normas que estabelecem garantias fundamentais, deve prevalecer a norma mais benéfica ao indivíduo. Esse argumento está em conformidade com o princípio *pro persona*, estudado no capítulo anterior.

Portanto, mesmo que as convenções internacionais das quais o país é signatário não exijam o trânsito em julgado para a execução da pena, como a CRFB/88 o faz e sendo tal norma mais favorável ao réu, deve esta ser aplicada em detrimento daquela.

Como resultado, mais uma vez, o posicionamento do STF é alterado para fixar a orientação de que o cumprimento de pena somente poderá ocorrer no sistema constitucional brasileiro após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste último julgado, assim como nos outros dois ora estudados, não realizou de forma efetiva uma análise ampla e racional acerca das normas de direito estrangeiro e internacional invocadas para justificar os respectivos posicionamentos.

3.4. Análise dos julgados: qual o papel das decisões e normas no âmbito do SIDH na fundamentação dos votos?

Em diversas oportunidades os Ministros expressaram em seus votos considerações acerca do direito comparado e das decisões de Cortes de Direitos Humanos para fundamentar seus posicionamentos acerca da admissibilidade da execução da prisão após condenação em segunda instância, cada um a sua maneira e com uma finalidade distinta.

Nos julgados estudados os argumentos se repetem e os posicionamentos do Tribunal são alterados num curto espaço de tempo. No primeiro precedente, entende-se pela necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena, enquanto no segundo

julgado esse entendimento cai por terra, autorizando-se a prisão após condenação em segunda instância e, no terceiro julgado, retorna-se ao entendimento anterior. A partir disso, é possível observar uma violação ao princípio da vedação do retrocesso quando da mudança de entendimento realizada no segundo julgamento, por restringir a garantia da presunção de inocência.

Ultrapassada essa questão, é importante resgatar a classificação dos tipos de emprego a essas informações retiradas de outros sistemas de normas, de acordo com a forma como os argumentos são construídos em cada hipótese. Esse emprego das decisões e normas estrangeiras pode ser classificado em de submissão, decorativo, de resistência e de diálogo¹⁵⁶.

A partir dessa classificação e na análise dos argumentos empregados nos julgados descritos nos itens anteriores, passa-se a verificar a natureza do uso das decisões citadas.

Foram empregados, a respeito do SIDH, pelos Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, argumentos segundo os quais a prisão em segunda instância seria possível tendo em vista que não há a exigência, no âmbito do mencionado sistema de proteção aos direitos humanos, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena e tampouco há o direito a um julgamento num triplo grau de jurisdição ou garantia de que o acusado responderá em liberdade.

Nessa linha, os Ministros Luís Robertos Barroso e Gilmar Mendes fazem um comparativo entre o direito de diversos países e concluem que o trânsito em julgado como pressuposto par a execução da pena é uma especificidade do Brasil e que, assim, caberia uma interpretação restritiva do princípio da presunção de inocência, permitindo a execução provisória da pena. O Ministro Gilmar Mendes chega a acrescentar que os tratados sobre direitos humanos em geral também não exigem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que a prisão ocorra. No HC nº 126.292/2016 esse mesmo entendimento é resgatado.

Nesses argumentos é possível verificar uma postura de uso decorativo do direito comparado e das normas e jurisprudência do SIDH, vez que esses fatos são apontados como uma espécie de argumento de autoridade acerca do tema, mas sem aprofundar a sua análise em conjunto com a realidade brasileira. O que se percebe nesses votos é a utilização dos argumentos “de maneira completamente desassociada da realidade jurídica, como mero argumento de autoridade retórica,

156 ARAÚJO; DESCHAMPS; LEGALE, *Op.Cit.*, p. 7.

sem qualquer preocupação concreta para a compreensão, discussão, reflexão e aproveitamento das decisões transnacionais”¹⁵⁷.

Sobre as decisões da Corte IDH sobre a prisão em segunda instância em casos como o Barreto Leiva vs. Venezuela (2009), de fato o trânsito em julgado não é exigido para o início do cumprimento da pena, apenas a submissão da questão ao duplo grau de jurisdição. No entanto, isso ocorreu porque o ordenamento jurídico da Venezuela, assim como de outros Estados americanos, não exigia o esgotamento das instâncias para a execução da pena. No Brasil, no entanto, a CRFB/88 estabelece um reforço à garantia da liberdade individual através do artigo 5º, LVII, que deve ser observada tendo em vista o princípio *pro persona*.

Em relação à comparação entre o direito brasileiro e o direito de outros Estados, a ausência de norma que exigisse o trânsito em julgado da sentença pena condenatória é mencionada nos votos de forma descontextualizada, sem analisar quais as características do sistema processual penal do mencionado país e a realidade social deste. Por sua vez, no caso brasileiro, como já mencionado, não está autorizada a execução provisória da pena e o sistema carcerário apresenta diversos problemas, tanto que foi declarado o estado de coisas inconstitucional no âmbito do STF e trabalha-se a noção de estado de coisas inconvencional, inclusive. Tais questões são relevantes para decidir sobre o tema e refletir sobre se as consequências geradas pela aplicação de disposições semelhantes às do direito de outros países no contexto social brasileiro ao invés de serem desconsideradas na fundamentação dos votos.

E, considerando que as decisões proferidas nas ações estudadas possuem caráter predominantemente vinculante e efeitos *erga omnes* dentro do sistema de precedentes estabelecido pelo CPC, vez que fixam o posicionamento da Corte Suprema, sobretudo no que diz respeito à decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o dever de fundamentação é reforçado. Os julgadores ao firmarem novos precedentes precisam decidir da melhor forma possível, a fim de que a decisão amplamente aplicada mostre-se adequada a solucionar as controvérsias que surgirem, não necessitando de alterações em curtos espaços de tempo, pois os precedentes devem contribuir para dar maior coerência e estabilidade à

157 *Idem, Ibidem*, p. 12.

jurisprudência e às relações jurídicas às quais se aplicam¹⁵⁸. Assim versa o artigo 926, *caput*, do CPC¹⁵⁹.

Em oposição a esses argumentos, em votos como o do Ministro Ricardo Lewandowski afirma-se que os demais países com os quais o Brasil é comparado apresentam situação diversa da brasileira. O constituinte, avaliando o cenário do país, entendeu que o Brasil, justamente por apresentar problemas de acesso à justiça, questões de desigualdade e diversas violações a direitos humanos no sistema carcerário, necessitava de uma limitação maior ao poder de punir estatal. Por esse motivo, a presunção de inocência deveria ser preservada na sua integralidade.

O Ministro Celso de Mello no HC nº 126.292/2016 salienta que, apesar de não ser exigência dos tratados sobre direitos humanos o esgotamento das instâncias para que a prisão seja executada, deve ser aplicada a norma mais favorável ao acusado, em conformidade com o princípio *pro persona*.

Foi destacado, ainda, que os problemas existentes no sistema criminal brasileiro devem ser resolvidos por meio de outros mecanismos, principalmente levando em consideração o estado de coisas inconstitucional já reconhecido na ADPF 347. Afinal, ao se permitir o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, a prisão é facilitada e, portanto, agravadas serão as violações a direitos humanos já constatadas no sistema carcerário, o que reforça a inadequação das decisões nesse sentido.

Nesse contexto, ao contrário do que ocorreu nos primeiros argumentos analisados, quando os julgadores levam em consideração as especificidades do contexto social e jurídico brasileiro, há um efetivo diálogo entre as diversas fontes de direitos, pois houve um maior aprofundamento das razões de decidir e de seus efeitos no Brasil.

No entanto, mesmo tendo o entendimento mais benéfico ao indivíduo prevalecido no último entendimento fixado, parece que a carga de argumentos superficiais que refletem a dinâmica do uso decorativo das decisões e entendimentos externos foi bem superior aos ao emprego efetivamente dialógico desses fundamentos jurídicos. Os argumentos contrários à execução provisória da pena

158 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta. O microsistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 15-36. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/>>. Acesso em 26 out. 2020.

159 “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

estavam mais embasados em normas de direito interno do que em decisões e normas de outros países ou de Cortes de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sentido atual de Constituição, originado a partir das revoluções burguesas, mais especificamente a Revolução Francesa, traz a integração entre direito e política, na qual aquele apresenta limites a esta ao delinear a separação de Poderes e estabelecer direitos e garantias fundamentais.

Essa noção de sistema constitucional foi concebida num contexto de valorização da soberania estatal em que o direito internacional como conhecido hodiernamente ainda não existia e, portanto, as possibilidades de diálogo entre ordens jurídicas diversas eram limitadas. No entanto, com a intensificação das relações entre estados e entidades internacionais, foi se desenvolvendo na prática jurídica as trocas entre diferentes ordens constitucionais com a finalidade de tornar as decisões mais eficientes e dotadas de legitimidade e coerência, que ficou conhecida como transconstitucionalismo.

Por sua vez, o desafio enfrentado pelo transconstitucionalismo implica na elaboração de decisões dotadas de racionalidade e pensamento crítico acerca das normas e decisões oriundas de outros sistemas constitucionais. O órgão jurisdicional, detentor de autonomia para decidir, deve verificar se a maneira de lidar com questões constitucionais utilizada como paradigma é adequada à realidade do sistema jurídico ao proferir a decisão.

Assim, no plano regional do continente americano, há o SIDH, que tem como principais órgãos a Corte IDH e a CIDH, cujas atribuições foram estudadas no segundo capítulo. Das normas que delimitam a competência dos órgãos que compõem o SIDH, assim como instituem normas de direitos humanos, estão contidas na CADH as regras que disciplinam o direito à presunção de inocência no artigo 8.2., que não condiciona tal presunção ao trânsito em julgado da ação penal.

A respeito da interpretação das normas de direitos humanos, restou estabelecido que ela deve ser feita em conjunto com a Constituição brasileira, que estabelece direitos fundamentais e o tratamento conferido aos tratados de direitos humanos. Ao aplicar a norma, o intérprete deve realizar uma interpretação evolutiva e sistemática, considerando os princípios da boa-fé e da vedação ao retrocesso, bem como aplicar a norma mais favorável ao indivíduo.

Foi visto, também, que uma importante atribuição da Corte IDH é a realização do controle de convencionalidade. Entretanto, esse controle deve ser exercido também pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo dos Estados.

Dito isso, o STF nos precedentes estudados, como regra, fez uma análise superficial acerca dos princípios e critérios de interpretação dos tratados, sobretudo quando menciona que o direito a não ser preso antes do trânsito em julgado não está previsto na CADH e, portanto, a execução provisória da pena poderia ocorrer. Ao chegar a esta conclusão, os Ministros deixaram de considerar o princípio *pro persona* e a vedação ao retrocesso, por exemplo, interpretando o tratado de maneira equivocada.

Por outro lado, alguns Ministros, como o Ministro Celso de Mello, destacaram essas questões ora levantadas ao justificar seu voto no sentido de não permitir a prisão após condenação em segunda instância quando ainda pendentes recursos.

Outra questão a ser mencionada, mais especificamente sobre a Constituição federal brasileira, é que o STF entende que a Lei Maior determina que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem *status* constitucional se aprovadas com o quórum de emendas constitucionais ou supralegais caso não o sejam, de modo que a CADH possui status supralegal. No entanto, parte da doutrina defende que as normas que instituem direitos humanos, ou seja, normas materialmente constitucionais, devem sempre possuir hierarquia constitucional.

Acerca das normas constitucionais que positivam direitos e garantias fundamentais, entende-se que estas constituem cláusulas pétreas e parâmetros para o controle de constitucionalidade, como é o caso do artigo 5º, LVII, da CRFB/88, que prevê a presunção de inocência. E, enquanto parâmetro, todas as demais normas devem ser lidas de acordo com seu conteúdo.

Logo, o raciocínio jurídico a ser aplicado é adaptar a interpretação das normas infraconstitucionais para que sejam compatíveis com a redação constitucional. O que foi observado algumas vezes nos julgados estudados no último capítulo foi o contrário, isto é, utilizaram normas legais que poderiam ser interpretadas para relativizar a presunção de inocência e, assim, justificar a execução provisória da pena.

Finalmente, neste estudo acerca da postura do STF no contexto de interação entre ordens jurídicas diversas, como o recorte dos julgados sobre a possibilidade ou não da execução provisória da pena após condenação em segunda instância, não representou um diálogo consistente com os demais sistemas constitucionais.

Por diversas vezes foram indicados diplomas normativos de outros Estados que não exigiam o trânsito em julgado para a execução da pena para fundamentar a possibilidade de isso ser aceito no Brasil também, mas não houve aprofundamento acerca da matéria. Os Ministros limitaram-se a indicar que era assim em outros países sem fazer uma comparação séria com a realidade jurídica e social brasileira.

Sob o aspecto dos sistemas de proteção aos direitos humanos a nível regional, como o SIDH, a Corte Suprema deixou de observar vários aspectos da interpretação dos tratados e os princípios a serem aplicados, restringindo-se, também, a fazer comparações vagas sobre o que era previsto ou não nos tratados sobre direitos humanos.

Quando considerados os votos a favor da preservação do sentido do artigo 5º, LVII, da CRFB/88, que é o entendimento mais compatível com o nosso sistema constitucional e com as previsões da CADH, nota-se que os Ministros escolheram outros caminhos para fundamentar seus posicionamentos, deixando de buscar nos demais sistemas constitucionais existentes argumentos e informações.

Em alguns trechos, no entanto, foi de fato feito um trabalho argumentativo que abarcava os direitos humanos previstos na CADH e a forma como deveriam ser interpretados à luz da Constituição federal brasileira, bem como refutava a aplicação de norma estrangeira fora de contexto, tendo em vista que a realidade brasileira possui suas particularidades.

Mesmo com a presença de posicionamentos como este, não se pode dizer que foi a regra nos votos. Assim, a postura dos julgadores em geral foi de uso decorativo das normas e institutos do direito estrangeiro, razão pela qual não se pode falar, neste caso, num diálogo entre sistemas constitucionais, que é pressuposto do transconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e artigos

ALEXIDZE, Levan. Legal natures of jus cogens in contemporary international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789024727780_02> Acesso em: 20 de jun. De 2020.

ARAÚJO, David Pereira de; LEGALE, Siddharta. O estado de coisas inconvençional e o “supercaso” brasileiro em matéria previdenciária. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/o-estado-de-coisas-inconvençional-e-o-supercaso-brasileiro-em-materia-penitenciaria>>. Acesso em: 27 out. 2020.

ARAÚJO, David Pereira de; LEGALE, Siddharta. O Estado de Coisas Inconvençional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, Número 3, 2016, p. 67-82.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. *Constitucionalismo transfronteiriço, direitos humanos e direitos fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 39.

ARAÚJO; Luis Claudio Martins de; DESCHAMPS, Luiza; LEGALE, Siddharta. O Diálogo entre a Corte IDH e o STF: *uma análise a partir do pensamento de Marcelo Neves*. Rio de Janeiro, 2020.

BONILLA, Haideer Miranda; VAL, Eduardo Manoel. *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta. O microssistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. *Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 15-36. ISBN 978-85-450-0196-6. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/>>. Acesso em 26 out. 2020.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. v. 32.2, 2012.

LEGALE, Siddharta; PÊGAS, Lucas Tavares Pereira; SILVA, Ângela Vitória Andrade Gonçalves da. Barrios Altos vs Peru (2001): as origens do controle de convencionalidade. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-as-origens-do-controle-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

LEGALE, Siddharta; SILVA, Ângela Vitória Andrade Ginçalves da. Opinião consultiva nº 14/94 da Corte IDH: controle ou aferição de convencionalidade?. *Casoteca do NIDH*. Disponível em: <<https://nidh.com.br/opiniaio-consultiva-n-14-94-da-corte-idh-control-e-ou-afericao-de-convencionalidade/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manoel. As “mutações convencionais” do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: BONILLA, Haideer Miranda; VAL, Eduardo Manoel. *Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de Filosofia do Direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. *Princípio por persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÁ, Maria Carolina de Souza Ribeiro de. *A aplicabilidade do direito internacional humanitário na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo de casos de massacres colombianos*. Rio de Janeiro, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

Precedentes

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e custas. Série C n. 154. 26 set. 2006. São José. Costa Rica. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2020.

Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Série C n. 206. 17 nov. 2009. São José. Costa Rica. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

Habeas Corpus: HC 84.078 MG. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 15.10.2020.

Habeas Corpus: HC 126.292 SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 22 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 15 out. 2020.

Ações Declaratórias de Constitucionalidade: ADC 43, 44 e 54 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 26 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC434454.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

Legislação

Brasil. **Código de Processo Penal**. 1941.

Brasil. **Código Penal**. 1940.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

Brasil. **Lei de Execução Penal**. 1984.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969.

ONU. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**. 1969.